

UiO : Det juridiske fakultet

Mulige konsekvenser av sktl. § 6-41, 6. ledd, bokstav a, tolket i lys av forslag til forskrift

Kandidatnummer: 614

Leveringsfrist: 25.4.2014

Antall ord: 17 704



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	3
1.2	Definisjoner og presiseringer.....	5
1.3	Avgrensinger	5
1.4	Rettskilder.....	7
1.5	Videre fremstilling.....	10
2	NÆRMERE OM RENTEBEGRENSNINGSREGELEN	11
2.1	Forholdet til gjeldende rett: Sktl. § 13-1.....	11
2.2	Overordnede hensyn med Rentebegrensningsregelen.....	13
2.3	Hovedtrekkene i sktl. § 6-41.....	16
2.3.1	Skattytere som omfattes av Rentebegrensningsregelen.....	16
2.3.2	Rentebegrepet, fradragssrammen og beregningsgrunnlaget	18
2.3.3	Kravet til ”nærstående”	20
2.3.4	Visse eksterne lån omfattes av Rentebegrensningsregelen.....	21
2.4	Forslag til utfyllende forskrift om sikkerhetsstillelse fra nærstående part	24
2.4.1	Bakgrunn og formål	24
2.4.2	Forhold som ikke skal bedømmes som sikkerhetsstillelse fra nærstående part	24
2.4.3	Forhold som likevel skal bedømmes som sikkerhetsstillelse fra nærstående part.....	28
2.4.4	Videre fremdrift	29
3	KONSEKVENSER I FORM AV LITEN FORUTSIGBARHET OG BEGRENSEDE TILPASNINGSMULIGHETER.....	30
3.1	Hva menes egentlig med sikkerhetsstillelse?	30
3.1.1	Ordlyden og forarbeidene er uklare.....	30

3.1.2	Er negative pantsettelseserklæringer å anse som sikkerhet?	35
3.1.3	Hva skjer i de tilfeller der sikkerhetsstillelse avvikles eller etableres i løpet av inntektsåret?	39
3.1.4	Bør bare sikkerhetsstillelser som rent faktisk øker debitors lånekapasitet, omfattes?	43
3.1.5	Oppfordring til lovgiver	44
3.2	Ordlyden i forskriftsforslaget er for vid og vag	45
3.2.1	Skal kryssgarantier omfattes som intern gjeld?	45
3.2.2	Skal oppstrømsgarantier omfattes som intern gjeld?	48
3.2.3	Omfattes konsernkontoordninger med kredittramme av forskriftsforslagets annet ledd?	51
3.3	Forskriftsforslaget synes å utvide ordlyden i sktl. § 6-41 6. ledd, bokstav a	54
3.3.1	Manglende krav til sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene	54
3.3.2	Flere typer av sikkerhetsstillelser omfattes enn det som kan være hensikten	54
3.3.3	Skal sikkerhet for regressansvar omfattes som intern gjeld?	59
3.4	Selskapene endrer sine finansieringsformer og utsetter bankene for press	62
3.5	Kan selskapene komme til å tilpasse seg ved å fusjonere?	65
4	AVSLUTNING OG REFLEKSJONER	71
5	LITTERATURLISTE	72

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Utgangspunktet er at alle renter på skattyters gjeld kommer til fradrag ved inntektsligningen, jf Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14, § 6-40, 1. ledd. Dette innebærer at både renter betalt på gjeld mellom nærstående (interne renter), og renter betalt på gjeld til uavhengig tredjepart (eksterne renter) vil kunne fradras.

Ettersom Norge er et land med relativt sett høye skattesatser,¹ har internasjonale konserner hatt incentiv til gjeldsplassering i Norge, for slik å kunne fradra rentekostnadene her og henføre renteinntekter til land med lavere skattesatser. Norske myndigheter har ansett denne skatteplanleggingen som uheldig, og det har derfor vært et ønske om å hindre slike tilpasninger.²

En ny regel i sktl. § 6-41 innført med virkning fra 1. januar 2014,³ begrenser dette utgangspunktet om full fradragsrett. Ved netto rentekostnader som overstiger fem millioner kroner, kan interne gjeldsrenter ikke fradras med mer enn inntil 30 prosent av et gitt beregningsgrunnlag, jf. 3. ledd. Fradragsbegrensingen gjelder altså i utgangspunktet for interne renter, det vil si renter på gjeld til nærstående part, jf. 1. og 4. ledd.

Fra dette utgangspunktet om begrensninger i fradragsretten for interne gjeldsrenter, er det oppstilt et unntak om at sikkerhetsstillelse for ekstern gjeld, skal anses som intern gjeld med den følge at fradragsbegrensningen også gjelder i slike tilfeller, jf. 6. ledd, bokstav a. Dette unntaket var ikke gjenstand for høring, men ble tatt inn i Prop. 1 LS (2013-2014) etter at Skattedirektoratet hadde foreslått dette i høringsrunden.⁴

¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 102 og European Commission (2014)

² Prop. 1 LS (2013-2014) s. 102

³ Endringslov til skatteloven

⁴ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 126

Departementet er gitt fullmakt til å gi forskrift til utfylling og gjennomføring av bestemmelsen, herunder hvilke nærstående parter som skal omfattes av 6. ledd, bokstav a, jf. sktl. § 6-41, 10. ledd. Den 20. desember 2013 ble det sendt ut et høringsnotat om utfyllende forskrift til bestemmelsen vedrørende sikkerhetsstillelse fra nærstående part, og bestemmelsen er også ment å skulle trå i kraft 1. januar 2014.⁵ Departementet har ikke svart på min forespørsel om når den endelige bestemmelsen er ventet å komme, men det er naturlig å tro at dette skjer i nær fremtid.

Problemstillingen for denne oppgaven er mulige konsekvenser av sktl. § 6-41, 6. ledd, bokstav a, tolket i lys av forskriftsforslaget.

Med mulige konsekvenser skal forstås hvilke følger eller virkninger som reglene om sikkerhetsstillelse kan få for skattyterne, herunder hvorvidt reglene byr på tolkingstvil og uklarheter for skattyterne. Med konsekvenser skal også forstås i hvilken grad skattyterne kan komme til å tilpasse seg, for slik på best mulig måte å unngå eller redusere de negative økonomiske konsekvensene som § 6-41 kan medføre.

Forskriftsforslaget står derfor sentralt i oppgaven. Etter fremleggelsen av Prop. 1 LS (2013-2014), var det mange selskaper og næringsorganisasjoner m.v., som kom med innvendinger til forslaget om at ekstern gjeld med sikkerhetsstillelse skulle anses som intern gjeld. Sikkerhetsstillelse for ekstern gjeld er en vanlig finansieringsform, og det er derfor mange som er berørt av bestemmelsen.⁶ Problemstillingen er derfor et aktuelt tema.

Det såkalte Scheel-utvalget ble oppnevnt 15. mars 2013. Utvalget skal vurdere den norske selskapsbeskatningen i lys av den internasjonale utviklingen, herunder innstramminger i fradragsretten for gjeldsrenter innført av andre land. Målet med utredningen er at Norge skal ha et skattesystem som er robust overfor den internasjonale utviklingen.⁷ Oppgavens

⁵ Endringslov til skatteloven

⁶ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 51 og 52

⁷ Regjeringen (2013)

tema er derfor ekstra aktuelt fordi svakheter ved reglene er noe Scheel-utvalget skal utrede, og det kan derfor komme ytterligere endringer i tilknytning til § 6-41 også etter at forskriftsbestemmelsen er endelig. Scheel-utvalget skal levere sin utredning 15. oktober 2014, og det blir derfor spennende å se konklusjonene til utvalget.

1.2 Definisjoner og presiseringer

Med ”Rentebegrensningsregelen” skal forstås regelen om begrensninger i fradragsretten for gjeldsrenter i § 6-41.

Med ”Sikkerhetsregelen” skal forstås reglene vedrørende sikkerhetsstillelse fra nærstående part for ekstern gjeld i § 6-41, 6. ledd, bokstav a, tolket i lys av forskriftsforslaget.

Gjeldsbegrepet er sentralt i denne oppgaven, og med gjeld skal forstås ”retten til å kreve en ytelse i penger”, jf. den såkalte Preferansekapitaldommen i Rt 2001 s. 851 (s.866).

Oppgaven søker ikke å gi en uttømmende forklaring av alle mulige konsekvenser til Sikkerhetsregelen. Dette lar seg dessuten vanskelig gjøre, ettersom regelen er såpass ny, og det er uklart hvordan den endelige forskriftsbestemmelsen vil se ut.

Problemstillingen bygger på forskriftsforslaget. Dette innebærer at de mulige konsekvensene som drøftes, er konsekvenser av forslaget under forutsetning av at dette blir gjeldende rett.

1.3 Avgrensinger

Problemstillingen avgrenser mot mulige konsekvenser til Sikkerhetsregelen, og det avgrenses således mot resten av Rentebegrensningsregelen. Forklaringen av regelen vil imidlertid ikke avgrenses mot Sikkerhetsregelen, da forståelse for hva regelen går ut på naturligvis er nødvendig ved drøftelsen av problemstillingen.

Det er flere problemstillinger som det hadde vært interessant å drøfte nærmere i tilknytning til Rentebegrensningsregelen, men som det avgrenses mot. Nedenfor følger en oversikt over enkelte av disse problemstillingene.

Det avgrenses mot faktiske konsekvenser som tilsvarende regler om fradragsbegrensninger, har medført i andre europeiske land. Oppgaven har derfor et norsk perspektiv.

Rentebegrensningsregelens forhold til EØS-avtalen og den frie etableringsretten, kunne også vært en aktuell problemstilling. Et aktuelt spørsmål er hvorvidt selskaper i Norge som er eid av utenlandske morselskap (i EØS), har de samme mulighetene som selskaper som er eid av norske morselskap, til å overføre midler til morselskapene gjennom konsernbidrag og lån. Herunder kunne det drøftes hvorvidt innføringen av Rentebegrensningsregelen, gjør det vanskelig for disse utenlandske selskapene å tilpasse seg denne begrensningen i konsernbidragsreglene og aksjelovens lånebegrensninger som disse selskapene opplever.⁸

Rentebegrensningsregelens forhold til skatteavtalene vedrørende utfordringene knyttet til dobbeltbeskatning (skatteavtalene artikkel 9), kunne vært en interessant vinkling, da Rentebegrensningsregelen bryter med symmetriprinsippet mellom skatteplikt og fradragsrett for samme inntekt.

Det avgrenses også mot en drøftelse av Rentebegrensningsregelen og dens forhold til armlengdeprinsippet nedfelt i sktl.§ 13-1, altså hvorvidt regelen kan sies å være i strid med armlengdeprinsippet.

En annen vinkling kunne være å ta for seg OECDs arbeid med BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), der et av tiltakene er å komme med anbefalinger vedrørende utforming av nasjonale skatteregler for å motvirke aggressiv skatteplanlegging.⁹ Departementet deltar

⁸ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 110

⁹ OECD (2014)

aktivt i dette arbeidet,¹⁰ og kan derfor påvirke utformingen også av de norske skattereglene, herunder Rentebegrensningsregelen.

Det kunne også vært interessant å gå nærmere inn på rentebegrepet eller det skattemessige beregningsgrunnlaget EBITDA.

Hvorvidt renter bør kunne fradras overhode, er et aktuelt tema for Scheel-utvalget, som jo skal vurdere de norske skattereglene sett i lys av den internasjonale utviklingen. Dette kunne derfor også vært en mulig vinkling.

Disse problemstillingene er av et så stort omfang at det ville vært naturlig å behandle dem som selvstendige problemstillinger, og de holdes derfor utenfor i denne oppgaven. Min problemstilling drøftes selvstendig uten å gå inn på de nevnte problemstillingene.

1.4 Rettskilder

Den alminnelige rettskildelæren kommer til anvendelse også på skatterettens område.¹¹

Lovteksten tillegges normalt stor rettskildemessig vekt. Forskrift er regler gitt med hjemmel i lov, men har ikke samme trinnhøyde som formelle lover, jf. *lex superior* prinsippet. Ved motstrid vil lovteksten derfor gå foran forskriften.¹²

Forskriftsforslag har liten vekt etter tradisjonell rettskildelære, og ingen vekt når den endelige forskriftsbestemmelsen kommer. Ettersom problemstillingen omhandler forskriftsforslaget, vil det imidlertid være av stor betydning i oppgaven, selv om dette er et forslag som ikke nødvendigvis blir videreført.

¹⁰ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 102

¹¹ *Bedrift, selskap og skatt* (2010) s. 46

¹² Boe (2010) s. 59

Lovforarbeidene, og da spesielt Prop. 1 LS (2013-2014) og Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014), har stor rettskildemessig vekt. Forarbeidene tillegges vekt da de angir formålsbetraktninger der lovgivers vilje kommer til uttrykk, samt at de gir gode forklaringer og presiseringer av lovteksten. Formålsbetraktninger er av spesiell stor betydning der lovteksten er uklar, da disse presiserer intensjonen bak lovens ordlyd. Formålsbetraktninger tillegges derfor stor vekt i denne oppgaven i den grad forarbeidene eksplisitt gir uttrykk for dem. I de tilfeller der det foreligger to tolkningsalternativer, og der begge alternativene kan forenes med ordlyden, kan formålsbetraktninger være avgjørende. Der lovteksten peker i en annen retning enn forarbeidene, tillegges lovteksten som hovedregel større vekt enn forarbeidene. Lovteksten og forarbeidene tillegges særlig stor vekt da lovbestemmelsen er fersk, og lovgivers vilje er derfor av spesielt stor betydning.

Høringsnotatet til forskriftsforslaget gir verdifull informasjon om lovgivers vilje og forklaringer til forskriftsforslaget. Et høringsnotat har imidlertid ingen eller liten rettskildemessig vekt, men tillegges stor betydning som en følge av oppgavens problemstilling.

Rettspraksis tillegges normalt vekt, og Høyesterettspraksis tillegges større vekt enn underrettspraksis. Da lovbestemmelsen er såpass ny, og forskriftsbestemmelsen ikke er endelig utformet, foreligger imidlertid ingen rettpraksis.

Ligningspraksis og bindende forhåndsuttalelser fra Skatteetaten tillegges normalt mindre vekt, men foreløpig foreligger heller ikke slik praksis.

Lignings ABC tillegges normalt mindre vekt. Den siste utgaven har et eget kapittel om Rentebegrensningsregelen under stikkordet ”Rentekostnader-fradragsbegrensning i interessefelleskap”.¹³ Omtalen av regelen bygger imidlertid på forarbeidene, og håndboken berøres derfor ikke i oppgaven da forarbeidene tillegges større rettskildemessig vekt.

¹³ Lignings ABC (2014)

Juridisk litteratur har liten vekt som rettskildefaktor, men øver stor faktisk betydning i rettslivet. Det er frem til nå ikke skrevet mye om Rentebegrensningsregelen, men det som finnes, vil derfor være relevant å ta i betraktning.

Høringsuttalelsene til forskriftsforslaget gir et godt innblikk i mulige konsekvenser til Sikkerhetsregelen. Ettersom unntaket i § 6-41, 6. ledd, bokstav a, ikke var gjenstand for høring, er uttalelsene derfor preget av at selskaper og næringsorganisasjoner m.v. ikke har fått uttale seg om dette unntaket før nå.

Det er imidlertid uklart hvor høringsuttalelser plasseres rettskildemessig, men det kan muligens betraktes på linje med juridisk litteratur. Slike uttalelser har derfor liten rettskildemessig vekt. Høringsuttalelser som tas til følge av departementet, har kanskje noe større vekt enn de som ikke tas til følge, da disse vil være et uttrykk for lovgivers vilje. Som en følge av det spinkle rettskildebildet og den noe spesielle rettskildesituasjonen i oppgaven, er altså høringsuttalelsene av stor betydning i oppgaven. Uttalelsene bør imidlertid leses i lys av at de i stor grad er avgitt på vegne av skattytere som vil betale minst mulig skatt, og det bør således utvises forsiktighet ved å lese disse som objektive kommentarer. For et advokatfirma er det eksempelvis vanskelig å uttale at for mange tilfeller omfattes av et unntak til skatteplikt.

I forbindelse med forklaringen av Rentebegrensningsregelen, foretas en (begrenset) sammenligning med andre lands regler for å sette den norske regelen i et internasjonalt perspektiv. Da oppgaven avgrenser mot et internasjonalt perspektiv, vil reglene og praksis i andre land imidlertid ikke berøres ved drøftelsen av problemstillingen.

1.5 Videre fremstilling

Fremstillingen starter med en nærmere redegjørelse av Rentebegrensningsregelen og forskriftsforslaget, herunder kort om forholdet til sktl. § 13-1 og de overordnende hensynene med Rentebegrensningsregelen (kapittel 2).

Hovedfokus i oppgaven er drøftelsen av problemstillingen, og de mulige konsekvensene drøftes i et eget kapittel (kapittel 3).

Oppgaven avslutter med en kort oppsummering, samt noen refleksjoner og tanker om hvilke utfordringer og behov som kan melde seg i fremtiden (kapittel 4).

2 Nærmere om Rentebegrensningsregelen

2.1 Forholdet til gjeldende rett: Sktl. § 13-1

Med hjemmel i sktl § 13-1 kan skattemyndighetene fravike ligningen og skjønnsfastsette skattyters inntekt der denne er redusert som følge av interessefellesskap. Bestemmelsen nedfeller armlengdeprinsippet som innebærer at transaksjoner for skattemessige formål mellom parter i interessefellesskap skal vurderes som om disse var inngått mellom uavhengige parter,¹⁴ jf også artikkel 9 i OECDs, og FNs, mønsteravtale. Bestemmelsen har som siktemål at selskaper, innretninger eller personer i interessefellesskap ikke skal kunne oppnå skattemessige fordeler som uavhengige parter ikke har tilsvarende mulighet til.

Skattemyndighetene kan anvende sktl § 13-1 i tilfeller av tynn kapitalisering, det vil si tilfeller hvor et datterselskap er konsernfinansiert med lite egenkapital og mye gjeld sammenlignet med hva selskapet på selvstendig basis ville oppnådd.¹⁵ I slike tilfeller kan derfor skattemyndighetene i medhold av sktl § 13-1 (1) omklassifisere intern gjeld til egenkapital i de tilfeller der de mener at skattyter har oppnådd en større andel lån enn det som tilsvarende ville vært mulig uten gruppetilknytningen. For den delen som aksepteres eller klassifiseres som gjeld, kan rentesatsen på internlån (2) også skjønnsfastsettes i medhold av § 13-1, når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.¹⁶

Spørsmålet om omklassifisering på grunn av tynn kapitalisering (jf. nr. (1) ovenfor), har vært vurdert flere ganger, ofte innenfor petroleumssektoren.¹⁷ Det foreligger imidlertid en sentral dom vedrørende tynn kapitalisering også utenfor petroleumssektoren, den såkalte Fornebodommen i Rt. 1940 s. 598.

¹⁴ Zimmer (2009) s. 149

¹⁵ Zimmer (2009) s. 163

¹⁶ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 105

¹⁷ Zimmer (2009) s. 163 og Jenssen (2011) s. 146

Saken gjaldt spørsmålet om skattemessig behandling av aksjonærers lån til eget selskap der selskapet var hjemmehørende i Bærum kommune, mens to av de tre aksjonærene var hjemmehørende i Oslo. Selskapet fikk ikke fradrag for gjelden ved ligningen i Bærum, og ligningen ble påklaget til daværende Riksskattestyret som vedtok at gjeldsfradraget ikke skulle avskjæres helt ut, men begrenses. Tvisten gjaldt altså fordelinger av skattefundamenter mellom Oslo og Bærum kommune.

Høyesterett åpnet i denne dommen for (s. 602) at internprisingsbestemmelsen i den tidligere skatteloven av 1911 § 54, kunne anvendes ved omklassifisering i de tilfeller der forholdet mellom egenkapital og gjeld ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig.

Fornebodommen er vist til av Høyesterett ved flere anledninger i nyere saker, jf blant annet Rt 2001 s. 1265 (Norsk Agip), Rt 2007 s. 1025 (Statoil Angola) og Rt 2010 s. 790 (Telecomputing). Dette viser at Høyesterett anser dommen som relevant til tross for dens alder.

Av Prop. 1 LS (2013-2014) s.110 fremkommer at Rentebegrensingsreglen ikke skal være til hinder for at § 13-1 også kommer til anvendelse der vilkårene etter sistnevnte bestemmelse er oppfylt. Som eksempel nevnes at ligningsmyndighetene i medhold av § 13-1, foretar en skjønnsmessig reduksjon av rentekostnadene i tråd med det såkalte armlengdeprinsippet, eller omklassifiserer gjeld til egenkapital. Disse rentestørrelsene som er akseptert ved ligningen etter skønnsfastsettelsen skal da benyttes ved anvendelsen av § 6-41. Skatteloven § 13-1 vil ha selvstendig betydning ved siden av § 6-41. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvor praktisk dette vil være, ettersom den er så skjønnsmessig at bestemmelsen er vanskeligere å anvende sammenlignet med § 6-41.

2.2 Overordnede hensyn med Rentebegrensningsregelen

Hovedformålet med Rentebegrensningsregelen, er som tidligere nevnt, å motvirke skatteplanlegging ved å utnytte satsforskjeller mellom ulike land.

Et eksempel belyser dette nærmere. Anta at et (datter)selskap i Norge betaler 25 millioner norske kroner i gjeldsrenter til (mor)selskapet i Finland, der selskapsskattesatsen er på 20 prosent,¹⁸ kontra (nå) 27 % i Norge. Datterselskapet vil her kunne dra nytte av fullt fradrag for rentekostnadene i Norge, tilsvarende 6,75 millioner kroner, mens selskapets renteinntekt henføres til Finland og blir beskattet med 5,0 millioner kroner. Selskapene vil derfor spare differansen, tilsvarende 1,75 millioner kroner ved å tilpasse seg på denne måten. Beløpene kan tenkes enda større dersom renteinntekten henføres til såkalte lavskattland.¹⁹

Selskaper vil eksempelvis trenge finansiering i forbindelse med opprettelse av et holdingsselskap i Norge, som deretter kjøper opp virksomhet her i landet. I slike tilfeller vil det derfor være gunstig å finansiere kjøpet ved lån fra et nærstående selskap, eksempelvis et mor- eller søsterselskap, fremfor å finansiere det ved hjelp av egenkapital.²⁰ Holdingselskapet får inntekter ved at det oppkjøpte selskapet yter konsernbidrag til det norske holdingselskapet, og gjeldsrentene kan derfor fradras i denne inntekten.²¹

Det er gunstig med høy gjeldsgrad da rentekostnader gir større fradrag enn renteinntektene skattlegges. Interessefellesskap gir mulighet til større gjeldsgrad sammenlignet med hva en uavhengig debitor ville fått av ekstern långiver som ikke er villig til å inngå så høy risiko. Satsforskjeller mellom ulike land kan derfor ha innvirkning på finansieringen, slik at det blir gunstig med gjeldsfinansiering fremfor egenkapitalfinansiering.

¹⁸ European Commission (2014)

¹⁹ Lavskattland vil si land der den alminnelige inntektsskatten på selskapets overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av skatten som selskapet ville blitt lignet for i Norge, jf. sktl. § 10-63.

²⁰ Jenssen (2011) s. 140

²¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 104

Rentebegrensningsregelen bidrar derfor til å motvirke problemene med tynn kapitalisering.²²

Norske bedrifter som ikke har vært en del av multinasjonale konserner, har ikke hatt muligheten til å tilpasse seg på denne måten. Et viktig incentiv med Rentebegrensningsregelen, er derfor også å øke konkurransekraften til disse bedriftene, selv om dette gjøres ved at regelen kommer til anvendelse også for disse. Samtidig er det ikke ønskelig at Rentebegrensningsregelen vil svekke utenlandske selskapers incentiv om å investere i Norge.²³

Rentebegrensningsregelen vil medføre økte skatteinntekter for den norske staten, og dette er derfor også et hensyn med regelen. Det fremkommer imidlertid ikke klart av forarbeidene hvorvidt incentivet har vært å øke skatteinntektene generelt, eller å øke disse som følge av redusert misbruk gjennom skatteplanlegging.²⁴ Dersom målet var å øke skatteinntektene generelt, kunne man imidlertid heller økt skattesatsen fremfor å sette den ned fra 28 til 27 %, som jo ble gjort ved nyttår, noe som derfor taler for det sistnevnte incentivet.

Ifølge forarbeidene, ble det ansett for krevende å anvende sktl § 13-1 eller den ulovfestede omgåelsesregelen på låneforhold i internasjonale konserner, og dette skapte derfor behovet for en ny regel.²⁵

Det foreligger imidlertid (så vidt meg bekjent) ingen rettspraksis på at den ulovfestede omgåelsesregelen er anvendt i tilknytning til slik skatteplanlegging. Det synes derfor noe uklart hvorfor forarbeidene begrunner innføringen av Rentebegrensningsregelen med at også den ulovfestede omgåelsesregelen ble ansett utilstrekkelig. Det er imidlertid mulig at

²² Op.cit. s. 103

²³ Op.cit. s. 103

²⁴ Op.cit. s. 103

²⁵ Op.cit. s. 103

den ulovfestede omgåelsesregelen er anvendelig også i denne sammenheng, men at en årsak til den manglende praksisen er at det er enklere for skattemyndighetene å vinne frem med § 13-1.

Det er derfor naturlig å anta at det forelå behov for en mer konkret og forutsigbar regel, sammenlignet med de mer skjønnspregede reglene i § 13-1 og den ulovfestede omgåelsenormen. En mer konkret og forutsigbar regel vil dessuten resultere i mindre forskjellsbehandling av skattyterne. En sentral forskjell er at når skattemyndighetene bruker § 13-1, og de viser at vilkårene i første ledd er oppfylt, kan ikke domstolene prøve ligningsmyndighetenes skjønn etter tredje ledd, jf. den såkalte Nordland-dommen i Rt 2012 s. 1025. Det er derimot naturlig å anta at domstolene kan prøve § 6-41 fullt ut, og Rentebegrensningsregelen bidrar således til økt rettssikkerhet.

De fleste OECD-land, herunder våre naboland Sverige, Danmark og Finland, har allerede regler om begrensinger i fradragsretten.²⁶ Et utgangspunkt med full fradragsrett (riktignok før eventuell anvendelse av § 13-1) for alle interne gjeldsrenter i Norge, i motsetning til hva som er tilfellet i våre naboland, har derfor bidratt til at Norge har vært ansett særlig gunstig for slik skatteplanlegging frem til nå. Andre lands innføring av tilsvarende regler, har derfor bidratt og inspirert til, at norske myndigheter nå har gjort det samme.

Det kan stilles spørsmål ved om man ikke kunne oppnådd de samme formålene som her er nevnt, på en enklere måte enn den nå innførte Rentebegrensningsregelen. En mulighet kunne eksempelvis være å innføre en begrensning for all gjeld, ved at alle renter over 25 prosent av et gitt beregningsgrunnlag, ikke er fradragsberettiget. Da ville man sluppet skillet mellom intern og ekstern gjeld, og dermed unngått utfordringene og problemene som dette skillet i dag kan medføre i form av eksempelvis tilpasninger. Problemstillingen for denne oppgaven, som fokuserer på sikkerhetsstillelse for ekstern gjeld, ville i et slikt tilfelle falle bort. En fullstendig begrensning av ekstern gjeld, ville imidlertid oppleves som

²⁶ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 51

hardere for skattyter, og det hadde derfor vært nødvendig med en slags sikkerhetsventil av regler som sikret rettferdige og rimelige løsninger.

2.3 Hovedtrekkene i sktl. § 6-41

2.3.1 Skattytere som omfattes av Rentebegrensningsregelen

Subjektene som omfattes av Rentebegrensningsregelen, er positivt og uttømmende regulert i første ledd, bokstavene a til d. De aller fleste ikke-personlige skattytere faller inn under bestemmelsen, og det foretas ikke betydelige avgrensinger med tanke på hvem Rentebegrensningsregelen gjelder for. Dette hindrer at bedrifter tilpasser seg selskapsrettslig for å unngå skatt,²⁷ og underbygger det grunnleggende skatterettslige hensyn om at realitet og ikke form skal være avgjørende.²⁸ Det er antatt at aksje- og allmennaksjeselskaper er de praktisk viktigste skattyterne som er omfattet av regelen,²⁹ og hovedfokus er derfor på disse i det følgende.

Finansinstitusjoner er unntatt fra Rentebegrensningsregelen, jf. 8. ledd. Forarbeidene begrunner dette med at fradragsregelen er lite egnet for finansinstitusjoner grunnet virksomhetens art. Banker og andre finansinstitusjoner er også stilt overfor særskilte krav til soliditet, jf. Finansieringsvirksomhetsloven § 2-9 1. ledd, jf. § 1-1, noe som begrenser muligheten for skatteplanlegging gjennom tynn kapitalisering.³⁰ Selskaper som er omfattet av petroleumsskatteloven § 3d, er også unntatt Rentebegrensningsregelen, jf. 9. ledd, noe som innebærer at en viktig gruppe selskaper ikke omfattes.

Det er imidlertid ingen begrensninger i henhold til hvilke subjekter som kan operere som *långiver*, jf. ordlyden i 1. ledd, 1. pkt (gjeld til "nærstående person, selskap eller

²⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 119

²⁸ Zimmer (2014) s. 33 og 34

²⁹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 119

³⁰ Op.cit. s. 131

innretning"). Dermed omfattes eksempelvis fysiske personer som långivere,³¹ noe som imidlertid formodentlig er lite praktisk. Det foreligger heller ikke symmetri da fysiske låntakere ikke omfattes.

Det er imidlertid kun de nevnte selskapene med netto rentekostnader som overstiger fem millioner kroner som er omfattet, jf. 3. ledd, 1. pkt. Terskelbeløpet ble økt fra tre til fem millioner kroner med Solberg-regjeringen,³² og kan muligens sees på som et rent politisk grep for å legge forholdene bedre til rette for oppstartsbedrifter som ofte har det trangt økonomisk i startfasen. Terskelbeløpet innebærer at det er selskaper med et visst økonomisk omfang som omfattes, og at selskaper med lavere rentekostnader enn dette, fortsatt vil ha full fradragsrett for interne rentekostnader.

I Tyskland er det tilsvarende terskelbeløpet på tre millioner euro (ca. 24 millioner kroner), og er derfor betraktelig høyere enn både det norske, men også det finske terskelbeløpet på 500 000 euro (ca. fire millioner kroner). Den høye terskelen i Tyskland kan muligens skyldes at fradragsbegrensningen ikke er begrenset til å gjelde intern gjeld, men også omfatter ekstern gjeld i tillegg til bankgjeld. Både de tyske og finske reglene inneholder imidlertid også en slags sikkerhetsventil, der nivået på egenkapitalen kan tilsi at fradragsbegrensningen likevel ikke skal gjelde.³³ Dette sikrer derfor rimelige og rettfærdige løsninger for skattyterne, og utgjør således en forskjell fra den norske Rentebegrensningsregelen som ikke har en tilsvarende sikkerhetsventil. Det er interessant at den tyske regelen også omfatter den eksterne gjelden, da dette muligens er noe Scheel-utvalget kommer til å vurdere, da de som nevnt skal vurdere de norske skattereglene i lys av et internasjonalt perspektiv.

³¹ Op.cit. s. 120

³² Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 51

³³ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 107

2.3.2 Rentebegrepet, fradragsrammen og beregningsgrunnlaget

Det er de (interne) netto rentekostnadene som skal fradras, jf. 1.ledd. Med netto rentekostnader menes rentekostnader (som er fradragsberettigede etter § 6-40) minus renteinntekter, jf. 2. ledd.

Rentebegrepet omfatter i utgangspunktet alle renteinntekter og rentekostnader som ligger innenfor det alminnelige skatterettslige rentebegrepet.³⁴ Forarbeidene uttaler at det er en fordel å videreføre dette rentebegrepet til Rentebegrensningsregelen.³⁵

Med renteinntekter forstås derfor fordel vunnet ved kapital, altså avkastning av finansgjenstander utenfor virksomhet, jf. §§ 5-1, 5-20, 1. ledd, bokstav b. Finansgjenstander vil typisk være penger, aksjer, fordringer, opsjoner og andre såkalte finansielle instrumenter, og avkastningen av disse vil typisk være blant annet renteinntekter.³⁶

I de tilfeller der terskelbeløpet er nådd, kan netto interne rentekostnader, som nevnt tidligere, ikke fradras for den delen som overstiger 30 prosent av det skattemessige beregningsgrunnlaget EBITDA, jf 3. ledd, 1. pkt. EBITDA vil si alminnelig inntekt før begrensning av fradrag etter § 6-41, tillagt netto rentekostnader og skattemessige avskrivninger, og innebærer at det er det skattemessige resultatet som danner grunnlaget for fradragsrammen. Prosentsatsen skulle i utgangspunktet utgjøre 25 %, ³⁷ men denne satsen ble altså økt i Prop 1 LS (2013-2014).³⁸ Økningen er ikke begrunnet i forarbeidene, men det er nærliggende å tro at lovgiver ble inspirert av våre naboland. Tyskland har den samme

³⁴ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 102

³⁵ Op.cit s. 114

³⁶ Zimmer (2014) s. 164

³⁷ Høringsnotat (11.4.2013) s. 4

³⁸ Prop 1 LS (2013-2014) s. 103

prosentsatsen som oss, og i Finland var det opprinnelige forslaget 30 %.³⁹ Finland endte imidlertid opp med å redusere satsen til 25 %, ⁴⁰ som jo var Norges opprinnelige forslag.

Norge har latt seg inspirere av Finland og Tyskland i valg av hovedmodell for Rentebegrensingsregelen, mens den svenske regelen er mer skjønnsmessig utformet, og den danske regelen er utformet som en sammensetning av tre ulike regelsett.⁴¹

Selv om det er de interne rentekostnadene som omfattes av Rentegrensingsregelen, bidrar imidlertid de eksterne rentene med å fortrenge fradragsrammen.⁴² Fradragsrammen vil derfor raskt kunne fylles opp det enkelte året, og dermed hindre at selskaper får det ønskede fradraget også for de interne gjeldsrentene.

Et selskap har eksempelvis et skattemessig resultat på 500 millioner kroner. Fradragsrammen for de interne gjeldsrentene utgjør derfor 30 prosent av dette beregningsgrunnlaget, 150 millioner kroner. Dersom netto skattemessige rentekostnader utgjør 100 millioner kroner, hvorav netto interne renter utgjør eksempelvis 30 millioner kroner et gitt år, vil de interne rentene kunne fradras i sin helhet dette året. Dersom derimot netto skattemessige rentekostnader derimot utgjør 170 millioner kroner, hvorav netto interne renter utgjør 30 millioner kroner, vil de eksterne gjeldsrentene fortrenge fradragsretten for de interne rentene dette året. De 30 millioner kronene kan imidlertid fremføres til fradrag de påfølgende ti årene, der fradraget holder seg innenfor fradragsrammen det enkelte år, jf. 7. ledd, 1. og 2. pkt, jf. 3. ledd.

Til tross for fradragsbegrensningen, vil långiver fortsatt beskattes fullt ut for renteinntektene. Dette vil typisk være tilfellet i henhold til utenlandske skatteregler der kreditor er hjemmehørende fordi de ikke hensyntar beskatning i Norge, men også tilfeller

³⁹ Op.cit s. 107

⁴⁰ Ernst & Young (2013)

⁴¹ Prop 1 LS (2013-2014) s.106 og 108

⁴² Op.cit.s.108

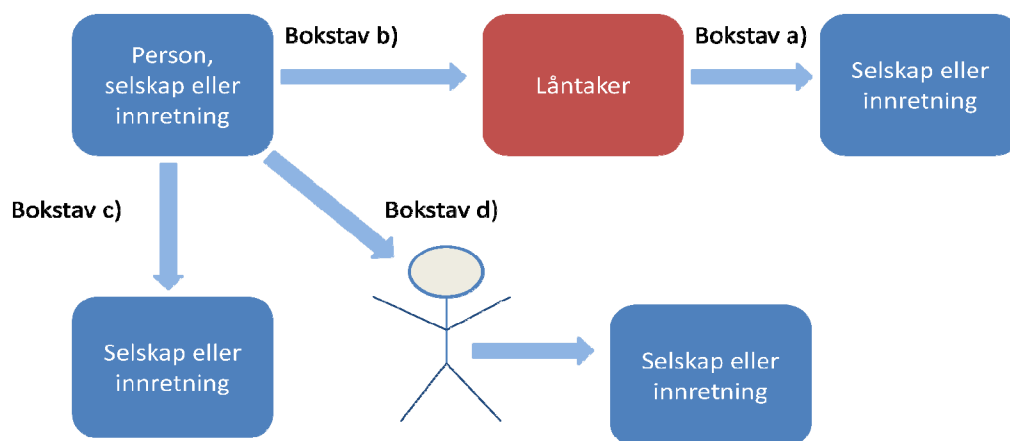
der kreditor er hjemmehørende i Norge. Rentebegrensningsregelen fraviker derfor det vanlige utgangspunktet om symmetri mellom skatteplikt og fradragsrett på samme type inntekt. Symmetriprinsippet innebærer eksempelvis at rentekostnader og renteinntekter behandles symmetrisk, i hvert fall slik at fradragsretten ikke går lengre enn skatteplikten.⁴³

2.3.3 Kravet til "nærstående"

Hva som menes med nærstående, er uttømmende regulert i bestemmelsens 4. ledd, bokstavene a til d.

To parter er nærstående der den ene direkte eller indirekte "eier", eller på annet grunnlag "kontrollerer", den andre med minst 50 %.

Bestemmelsen i fjerde ledd, bokstavene a til d, kan illustreres slik (der de blå elementene er nærstående):



Vilkårene i bokstavene a til d, må være oppfylt på "noe tidspunkt" i inntektsåret.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden, tilsier at kravet til nærstående er oppfylt også i de tilfeller der vilkårene eksempelvis ikke var innfridd ved inngåelsen av låneforholdet,

⁴³ Zimmer (2014) s. 33

samt der kravet er oppnådd kun en kort periode i løpet av året. Dette innebærer at flere tilfeller enn hva som har innvirkning på låneforholdet, omfattes.

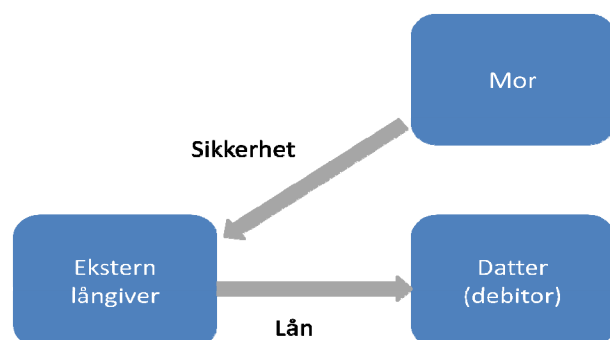
Begrepet nærstående har altså en vid betydning, som skyldes det gjennomgående hensynet om at det skal være vanskelig å tilpasse seg Rentebegrensningsregelen.⁴⁴

At også indirekte eierandeler omfattes, innebærer for eksempel at dersom et selskap A eier 60 % av et selskap B, og selskap B igjen eier 60 % av selskap C, vil kravet til eierandel være oppfylt selv om A sin eierandel i C kun utgjør 36 %. Dette er fordi kravet til 50 % eierandel er oppfylt i hvert enkelt ledd. Dette gjelder uavhengig av hvor mange ledd det er snakk om.⁴⁵

2.3.4 Visse eksterne lån omfattes av Rentebegrensningsregelen

Selv om Rentebegrensningsregelen i utgangspunktet rammer interne lån mellom nærstående, er visse eksterne lån som nevnt tidligere, likevel også omfattet, jf 6. ledd. Dette gjelder for det første der lånet er opptatt hos en ekstern part, men en nærstående stiller sikkerhet for gjelden. I slike tilfeller betraktes gjelden likevel som intern med den følge at § 6-41 kommer til anvendelse også i slike tilfeller, jf. bokstav a. Forskriftsforslaget oppstiller visse unntak fra dette unntaket (avsnitt 2.4).

Situasjonen som rammes av bokstav a, kan illustreres slik:



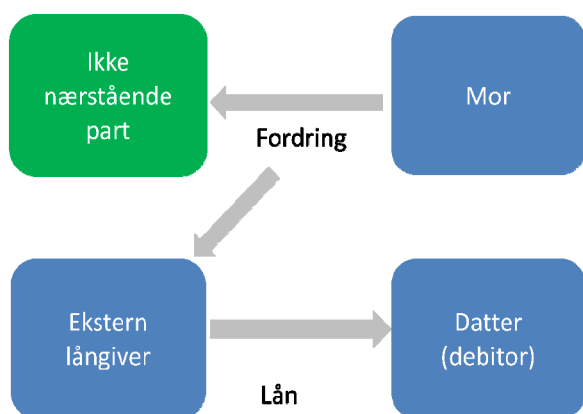
⁴⁴ Prop.1 LS (2013-2014) s. 123

⁴⁵ Op.cit. s. 123

Illustrasjonen viser et eksempel der datterselskapet opptrer som debitor, og morselskapet stiller sikkerhet for dette lånet. Med hjemmel i bokstav a anses forholdet således som internt med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

Bokstav b inneholder også et unntak der en nærstående part har en fordring, altså et krav, på en ikke-nærstående part, og fordringen har sammenheng med gjelden.

Situasjonen beskrevet i bokstav b kan illustreres slik:



Illustrasjonen viser at eksempelvis morselskapet har en fordring på en ikke-nærstående part. Datterselskapet har tatt opp lån hos en ekstern part, eksempelvis en bank. I de tilfeller der morselskapets fordring har sammenheng med gjelden, skal altså datterselskapets gjeld anses som intern med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

Med "sammenheng med gjelden" er det naturlig å forstå at fordringen har gjort det mulig for datterselskapet å ta opp et høyere lån, sammenlignet med hva som ville vært tilfelle uten denne fordringen, altså i likhet med hva som er tilfellet i bokstav a. Bokstav b kan derfor betraktes som en variant av bokstav a.

Hensynet med bestemmelsene i 6. ledd, er at det ville vært for enkelt å omgå Rentebegrensningsregelen uten disse unntakene.⁴⁶

I det følgende fokuseres det på 6. ledd, bokstav a, da problemstillingen knytter seg til dette unntaket.

Bakgrunnen for innføringen av bestemmelsen i bokstav a, er at sikkerhetsstillelsen gjør det mulig for datterselskapet å få et større lån sammenlignet med hva som hadde vært mulig uten denne sikkerhetsstillelsen. Morselskapet påtar seg således noe av risikoen som banken typisk ellers hadde pådratt seg fullt ut ved låneopptaket, og banken kan derfor være villig til å gi et høyere lån sammenlignet med hva som ville være tilfellet uten denne sikkerhetsstillelsen. Det er forståelig at lovgiver valgte å inkludere slik sikkerhetsstillelse da noe annet kunne resultert i at Rentebegrensningsregelen mistet mye av sin effekt. Uten dette unntaket, måtte man i større grad supplert § 6-41 med den ulovfestede omgåelsesnormen, eventuelt også § 13-1, ettersom sikkerhetsstille i realiteten er et lån fra morselskapet.

Det er altså tilstrekkelig at det er *mulighet* for økt lån, for at forholdet skal bedømmes som internt. Dette innebærer at i de tilfeller der det foreligger et reelt tredjepartslån, skal gjelden anses som ekstern med den følge at Rentebegrensningsregelen ikke kommer til anvendelse.

For å kunne drøfte mulige konsekvenser av Sikkerhetsregelen, er det nødvendig også å omtale forskriftsforslaget, se nedenfor i avsnitt 2.4.

⁴⁶ Op.cit. s. 126

2.4 Forslag til utfyllende forskrift om sikkerhetsstillelse fra nærstående part

2.4.1 Bakgrunn og formål

Bakgrunnen for høringsforslaget om utfyllende forskrift, er at det ble ansett urimelig å inkludere enhver sikkerhetsstillelse fra nærstående part.⁴⁷ Forskriftsforslaget inneholder derfor unntak og presiseringer til § 6-41 6. ledd, bokstav a.

Unntakene er foreslått tatt inn i en ny § 6-41 i forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til skatteloven (skattelovforskriften). At forskriftsbestemmelsen er foreslått trådt i kraft fra og med inntektsåret 2014, fører til at bestemmelsen nå gjelder uten at skattyterne fortsatt vet hvor langt den rekker. Det synes noe rart at forskriftsbestemmelsen ikke kom på plass før 1. januar 2014, og når det viste seg ikke å være mulig, at ikrafttredelsestidspunktet for § 6-41, ikke har blitt utsatt. En uklar rettsregel hindrer full forutberegnlighet fra skattyters ståsted. Dette er spesielt, sett i lys av at § 6-41 (egentlig) var ment å skulle gi større forutberegnlighet enn sktl. § 13-1 og den ulovfestede omgåelsesnormen.

2.4.2 Forhold som ikke skal bedømmes som sikkerhetsstillelse fra nærstående part

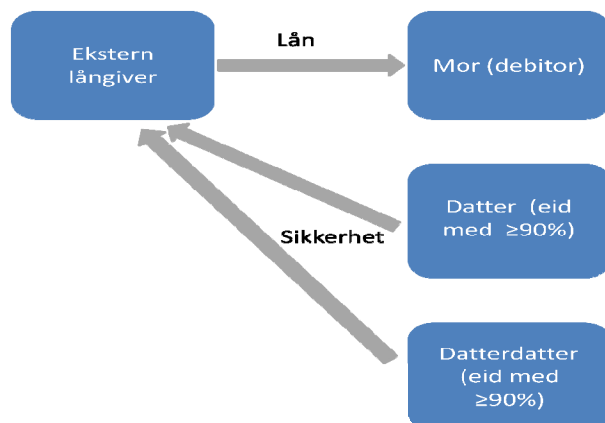
Det er tre typer av tilfeller der sikkerhetsstillelse fra en nærstående part likevel skal anses for ekstern gjeld, med den følge at Rentebegrensningsregelen ikke kommer til anvendelse.

2.4.2.1 Sikkerhetsstillelse fra underliggende selskap

For det første skal fradragsregelen ikke gjelde i de tilfeller der sikkerhetsstillelsen kommer fra et selskap som låntakeren direkte eller indirekte eier med 90 prosent eller mer, jf. 1. ledd, bokstav a.

⁴⁷ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 52

Situasjonen i bokstav a kan illustreres slik:



Dette vil, som illustrasjonen viser, typisk omfatte tilfeller der datterselskapet eller datterdatterselskapet stiller sikkerhet for lån opptatt av morselskapet. Begrunnelsen for at slike forhold er unntatt, er at dette i realiteten vil være det samme som sikkerhetsstillelse fra morselskapet (dvs. debitor) selv, og ikke en nærstående part, da situasjonen blir som om morselskapet pantsetter aksjene sine i datterselskapet. Dette anses derfor som ekstern gjeld med fullt rentefradrag. Forskriftsforslaget ser ut til å likebehandle de tilfeller der morselskapet pantsetter aksjer i datterselskapet, med pant i datterselskapets eiendeler som datter må stå for selv. Pant i eiendeler vil imidlertid kunne være mer verdt, ettersom eiendeler ofte er lettere omsettelige sammenlignet med salg av aksjer.

Det fremkommer av høringsnotatet at kravet til eierandel på 90 prosent eller mer, tilsvarer eierandelen som kreves i et skattekonsern etter sktl. § 10-4. Det kreves imidlertid ikke at de andre vilkårene for skattekonsern foreligger, noe som blant annet innebærer at det ikke er et krav om at det underliggende selskapet er skattepliktig til Norge.⁴⁸ Det er naturlig å anta at dette ikke er et krav fordi aksjer i utenlandske selskaper også kan stilles som sikkerhet etter norsk rett, jf. panteloven § 4-2a. Kravene til skattekonsern har også sammenheng med

⁴⁸ Høringsnotat (20.12.2013) s. 4

eksempelvis muligheten til å yte konsernbidrag, og disse hensynene gjør seg derfor ikke gjeldene for Rentebegrensningsregelen.

Av ordlyden følger at det både er den ”direkte eller indirekte” eierandel som omfattes. Det er ikke presisert i høringsnotatet hva som menes med indirekte eierskap på 90 %. Det er imidlertid nærliggende å tro at morselskapets eierandel ikke kan være så indirekte, at hensynet bak unntaket ikke lenger gjør seg gjeldende. Basert på dette, vil derfor antall ledd nedover i kjeden antagelig derfor ikke spille noen rolle, så lenge kravet til 90 % er oppfylt i hvert ledd.

Det er kun underliggende selskaper som vil være omfattet av unntaket i bokstav a. Datterdatterselskaper vil derfor omfattes da dette er å anse som ”underliggende selskap”, så lenge eierkravet på 90 prosent eller mer, er oppfylt i hvert ledd. Sikkerhetsstillelse til fordel for søsterselskaper er imidlertid ikke omfattet.⁴⁹ Dette henger sammen med at låntaker ikke på selvstendig basis har makt til å pantsette aksjer i søsterselskapet, som det jo ikke eier. Låntaker har ikke selvstendig makt i datterdatterselskap heller, men i disse tilfellene er det mulig å påvirke gjennom generalforsamlingsvedtak i datter. I tilfellene med søsterselskap, vil altså forholdet bedømmes som intern gjeld med den følge at Rentebegrensningsregelen er anvendelig.

2.4.2.2 Negativ pantsettelseserklæring i underliggende selskap

Rentebegrensningsregelen kommer heller ikke til anvendelse ved negativ pantsettelseserklæring i underliggende selskap som låntakeren har en direkte eller indirekte eierandel i, jf. bokstav b. Slike negative pantsettelseserklæringer vil også omfattes av unntaket i bokstav a, men får et videre anvendelsesområde i bokstav b, da det her ikke er knyttet krav om størrelsen på eierandelen.⁵⁰

⁴⁹ Høringsnotat (20.12.2013). s. 5

⁵⁰ Op.cit. s. 5

I høringsforslaget fremkommer at med negativ pantsettelseserklæring, skal forstås at datterselskapet fraskriver seg muligheten for selv å oppta lån mot pant i egne eiendeler.⁵¹ I likhet med bokstav a, er unntaket begrunnet med at hensynet også her er at morselskapet i realiteten stiller sikkerhet med egne eiendeler og at det således ikke er tale om sikkerhetsstillelse fra nærstående.

En nærmere drøftelse av begrepet sikkerhetsstillelse følger i avsnitt 3.1, der det også drøftes hvilke konsekvenser det kan ha at negative pantsettelseserklæringer tilsynelatende omfattes av dette begrepet.

2.4.2.3 Sikkerhet i form av pant i eierandel i låntakeren

Unntatt fra § 6-41, 6. ledd, bokstav a, er også de tilfeller der nærstående stiller sine eierandeler i låntakeren som sikkerhet for lånet, jf. bokstav c.

Også her kan unntaket begrunnes med at låntaker i realiteten stiller sikkerhet med egne verdier, og at det derfor ikke medfører noen økning i dennes selvstendige gjeldsevne.

Det uttales i høringsnotatet at sikkerhet i form av pant i en fordring på en nærstående låntaker ikke foreslås unntatt. Dette er begrunnet med at dersom en fordring på et nærstående selskap brukes som sikkerhet for låntakers/kreditors eksterne gjeld, kan dette gjøre det mulig for låntaker/kreditor å ta opp ekstern gjeld utover det som kunne være oppnådd uten sikkerhetsstillelsen.⁵² Dette innebærer altså at lovgiver her ikke anser at de nevnte hensynene for unntakene til forskriftsforslaget gjør seg gjeldene for denne typen situasjon. Det forklares imidlertid ikke nærmere hvordan dette kan gi økte lånemuligheter, og det fremstår derfor ikke klart hvordan pant i en fordring kan gi økte lånemuligheter, da dette også reelt sett må sies å være låntakers egne verdier fordi långiver er kreditor.

⁵¹ Op.cit. s. 5

⁵² Op.cit. s. 5 og 6

Det er i likhet med bokstav b heller ikke oppstilt noe krav til en gitt eierandel i dette tilfellet. I motsetning til i bokstav a, vil sikkerheten etter bokstav b og c avhenge av eller være proporsjonal med låntakers eierandel. Debtors lånekapasitet vil altså samsvare med størrelsen på denne eierandelen, uavhengig av at denne fyller kravet til en gitt prosentsats.

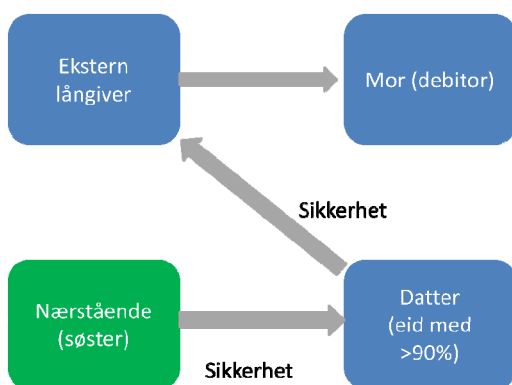
2.4.3 Forhold som likevel skal bedømmes som sikkerhetsstillelse fra nærstående part

Visse forhold som i utgangspunktet faller inn under første ledd i forskriftsforslaget, skal likevel anses som sikkerhetsstillelse fra nærstående part, med den konsekvens at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

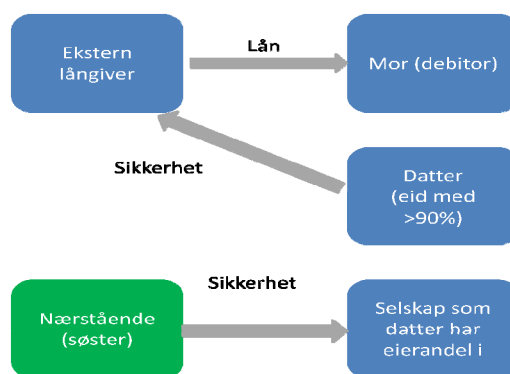
Unntakene i første ledd bokstav a og b, skal likevel ikke gjelde i de tilfeller der et tredje nærstående foretak har stilt sikkerhet til fordel for selskapet som stilte sikkerhet overfor ekstern långiver, jf annet ledd, bokstav a. Tilsvarende gjelder der en nærstående part har stilt sikkerhet for selskap som selskap som nevnt i a har en direkte eller indirekte eierandel i, jf annet ledd, bokstav b.

Situasjonene i 2. ledd bokstav a og b kan illustreres slik:

Bokstav a)



Bokstav b)



Unntaket i annet ledd omhandler de tilfeller der forholdene ligger til rette for at låntakeren har mulighet til å få innvilget høyere lån, sammenlignet med hva som ville vært tilfellet uten slik sikkerhetsstillelse, altså i motsetning til hva som er tilfellet i første ledd.⁵³ Dette er altså et unntak fra unntaket i forskriften, som igjen er et unntak fra 6-41, 6. ledd, bokstav a, som igjen er et unntak fra hovedregelen i § 6-41 om at ekstern gjeld ikke omfattes av rentebegrensningsregelen...!

Bestemmelsene skal gjelde alle former for sikkerhetsstillelse, og de skal dessuten gjelde uavhengig av om det er en sammenheng mellom på den ene side sikkerhetsstillelsen fra det andre nærstående selskapet til fordel for datterselskapet, og på den andre siden det underliggende selskapets sikkerhetsstillelse til fordel for morselskapet.⁵⁴ En årsak til manglende krav til sammenheng, kan være at regelen skal være enklest mulig anvendelig. Det er ikke nærmere presisert hvilke typer av sikkerhetsstillelse som omfattes, men det er naturlig å tro at dette skal forstås på samme måte som i § 6-41, 6. ledd, bokstav a.

2.4.4 Videre fremdrift

I det følgende drøftes oppgavens problemstilling nærmere (kapittel 3). Kapitlet starter med en drøftelse av hva som nærmere skal forstås med begrepet sikkerhetsstillelse, herunder en konkret oppfordring til lovgiver basert på denne drøftelsen (avsnitt 3.1). Høringsuttalelsene knytter seg i stor grad til forskriftsforslagets annet ledd, og den videre drøftelsen tar derfor for seg enkelte av de problemstillingene som kan reise seg i tilknytning til dette unntaket (avsnitt 3.2 og 3.3). Til slutt drøftes faktiske tilpasninger som skattyterne allerede har vist tendenser til (avsnitt 3.4), samt en tilpasning som skattyterne kan komme til å gjøre (avsnitt 3.5).

⁵³ Op.cit. s. 6

⁵⁴ Op.cit. s. 6

3 Konsekvenser i form av liten forutsigbarhet og begrensede tilpasningsmuligheter

3.1 Hva menes egentlig med sikkerhetsstillelse?

3.1.1 Ordlyden og forarbeidene er uklare

Nesten samtlige av høringsuttalelsene kommenterer at det fremstår som uklart hva som nærmere skal forstås som "sikkerhet" i henhold til Sikkerhetsregelen, jf. blant annet Wikborg Rein⁵⁵, Advokatforeningen⁵⁶ og Advokatfirmaet Schjødt⁵⁷.

Ordlyden i sktl. § 6-41, 6. ledd, bokstav a, og det tilhørende forskriftsforslaget, gir ingen konkret definisjon på hva som nærmere skal forstås med sikkerhetsstillelse.

En naturlig språklig forståelse av begrepet "sikkerhet", tilsier at enhver form for sikkerhetsstillelse er omfattet av bestemmelsen. Dette må derfor innebære at blant annet kausjoner og andre generelle garantistillelser er å anse som sikkerhet.

I forarbeidene er det uttalt at sikkerheten må bygge på en rettslig bindende avtale med långiveren. Mer uformelle erklæringer eller lignende om økonomisk støtte, såkalte "comfort letters", kan imidlertid etter en konkret tolkning, medføre at lånet anses som internt. Forarbeidene uttaler at dette likevel bare er tilfellet der sikkerhetsstillelsen har påvirket datterselskapets lånemulighet, sammenlignet med hva det kunne oppnådd i markedet uten sikkerhetsstillelsen.⁵⁸

Dette innebærer at også mer uformelle sikkerhetsstillelser i visse tilfeller kan regnes som sikkerhetsstillelse, og gir derfor begrepet et mer skjønnsmessig preg. Som en følge av dette,

⁵⁵ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 6 og 7

⁵⁶ Høringsuttalelse Advokatforeningen (17.2.2014) s. 2

⁵⁷ Høringsuttalelse Advokatfirmaet Schjødt (14.2.2014) s. 3 og 4

⁵⁸ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 127

fremstår det således som noe uklart hva som mer presist skal omfattes som sikkerhetsstillelse.

Wangen (2014) uttrykker også at hva som nærmere skal forstås med ”comfort letters” per i dag fremstår som uklart.

Spørsmålet er derfor hva som mer konkret skal forstås som sikkerhetsstillelse.

En naturlig språklig forståelig av ”erklæring” slik dette fremkommer av forarbeidene, tilsier at det må foreligge en eller annen form for tilkjenneivelse overfor långiver om at det vil stilles sikkerhet for et låneopptak. Det er videre naturlig å anta at med uformelle erklæringer, skal også forstås erklæringer som formelt ikke er tatt inn i låneavtalen, men som er kommet til uttrykk overfor långiver på andre måter. Eksempler på dette kan være muntlige tilkjenneivelser, eller mer uformell kommunikasjon, for eksempel på email mellom långiveren og morselskapet som stiller sikkerhet for datterselskapets låneforhold.

Forarbeidene gir ingen nærmere forklaring på uformelle erklæringer om økonomisk støtte, annet enn at det gis eksempel på at det her siktes til såkalte ”comfort letters mv”. Forutsetningen er som nevnt at slike comfort letters påvirker eksempelvis et datterselskaps lånemuligheter, og som det ikke kunne oppnådd på egenhånd uten en slik erklæring. Det er derfor naturlig å anta at det er tale om erklæringer som etter sitt innhold gir banken i hvert fall en viss grad av trygghet.

Ifølge Woxholth (2012) har comfort letters likhetstrekk med en garanti, men comfort letters vil typisk være et kompromiss mellom bankens behov for sikkerhetsstillelse, og eksempelvis et morselskaps uvillighet til å avgi en ubetinget garanti til banken for datterselskapets forpliktelser. Morselskapet vil kunne vegre seg fra å inngå en rettslig bindende avtale, av blant annet den grunn at det er uinteressert i å vise i balansen at det har stilt som garantist for et annet selskaps låneopptak, jf. også Hagstrøm (2011).⁵⁹ Likevel

⁵⁹ Hagstrøm (2011) s. 112

ønsker morselskapet å fremstå som seriøst, og det viser derfor at det tar et visst ansvar for datterselskapets forpliktelser, ved å utstede en komfort letter. Banken på sin side kan være interessert i å gi lånet, og da vil en slik uformell erklæring være bedre enn å stå på bar bakke.⁶⁰

I følge Woxholth (2012), finnes det mange varianter av komfort letters. Det beror på en normal avtalerettslig tolking av dem hvorvidt de anses som rettslig bindende eller ikke, der ordlyden, konteksten, partenes formål og situasjonen rundt utferdigelsen, er av betydning, jf. også Hagstrøm (2011).⁶¹ Komfort letters som bruker ord som ”lover”, ”forplikter seg til” eller ”innestår for”, vil ligge klart tettere opp mot en garanti sammenlignet med erklæringer der morselskapet eksempelvis gir uttrykk for at det er ”klar over” datterselskapets gjeld.⁶²

Basert på dette, vil det kunne foreligge relativt vide grenser for hva som mer konkret skal omfattes som en uformell erklæring, og det fremstår således ikke som helt klart hvor denne grensen går. Hvorvidt en slik uformell erklæring skal omfattes av begrepet sikkerhetsstillelse, må derfor bero på en konkret tolking i det enkelte tilfellet.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hva som skjer der en tolking tilsier at det ikke foreligger en rettslig bindende sikkerhetsstillelse, men der skattemyndighetene likevel kan bevise at banken har gitt mer lån på grunn av den uformelle erklæringen.

På den ene siden kan forarbeidene muligens tolkes slik at lånet skal betraktes som eksternt i slike tilfeller, da tolkingen er det avgjørende. Det sentrale er imidlertid hvorvidt selskapets lånemuligheter har blitt påvirket, noe som derfor tilsier at hensynet bak Sikkerhetsregelen må være det avgjørende, og at lånet derfor likevel betraktes som internt i slike tilfeller. Det er imidlertid naturlig å anta at skattemyndighetene har bevisbyrden for dette.

⁶⁰ Woxholth (2012) s. 122 og 123

⁶¹ Hagstrøm (2011) s. 112 og 113

⁶² Woxholth (2012) s. 123 og 124

At skattyterne må forholde seg til uklare grenser for hva som nærmere skal forstås med sikkerhetsstillelse, kan skape usikkerhet hos skattyterne. Mer presist kan denne usikkerheten gi seg utslag i at eksempelvis et morselskap ikke har helt kontroll på hvilke låneforhold innad i konsernet som er omfattet av Rentebegrensningsregelen og ikke, da dette vil kunne avhenge av en konkret tolking av det enkelte forhold. At et så sentralt begrep kan oppleves å ha uklare grenser, bidrar til å skape en lite forutberegnlig situasjon. En lite forutberegnlig situasjon er i strid med en av de overordnede målsettingene med Rentebegrensningsregelen, som jo nettopp er å skape større forutberegnlighet for skattyter sammenlignet med den mer skjønsmessige regelen i sktl. § 13-1. På den andre siden, er det kanskje vanskelig å lage helt kategoriske definisjoner, da det i slike tilfeller vil være enklere å omgå regelen, noe som heller ikke er et ønskelig alternativ. Samtidig vil § 13-1 fortsatt supplere Rentebegrensningsregelen, noe som derfor likevel ikke nødvendigvis gjør det til en unnskyldning med klare definisjoner. Dette viser at ulike hensyn står mot hverandre.

I forbindelse med drøftelsen av hvor de konkrete grensene går for hva som skal omfattes av begrepet sikkerhetsstillelse, kan man imidlertid stille spørsmål om hvor realistisk det er at bankene og eventuelt andre långivere, vil betrakte slike uformelle erklæringer som tilstrekkelige som sikkerhet i sine låneforhold.

Bankene er i de fleste tilfeller avhengig av rettslig bindende avtaler, slik at de ved et eventuelt mislighold har et rettslig krav på sikkerheten som er stilt for låneopptaket. Uten et slikt krav, kan de risikere å lide store tap. Som en følge av dette, vil derfor bankene stort sett alltid foretrekke eksempelvis kausjoner fremfor uformelle erklæringer som comfort letters.⁶³

Likevel aksepterer bankene slike "letters of comforts" i gitte situasjoner.⁶⁴ Det vil typisk være snakk om de tilfeller der tilliten mellom eksempelvis morselskapet og banken er så

⁶³ Lereim (2014)

⁶⁴ Lereim (2014)

stor at banken vil føle seg trygg på at morselskapet vil innfri ved et eventuelt mislighold av datterselskapets låneopptak. Et slikt tillitsforhold kan stamme fra langvarige kunderelasjoner, og vil dessuten kunne styrkes av at banken over tid har kunnet observere den finansielle situasjonen til dette selskapet, og dermed føler seg trygg på at lånet vil dekkes. Det er også naturlig å anta at behovet for sikkerhetsstillelse kan være mindre overfor store selskaper med godt omdømme og god soliditet, selv om det skulle være tale om nye kunderelasjoner. Det vil dessuten ofte kunne ha formodningen mot seg at morselskapet vil la datterselskapet gå med tap, eller i verste fall konkurs, da morselskapet også har sterke finansielle interesser for at denne virksomheten går godt. I de tilfeller der datterselskapet går økonomisk dårlig, vil dette dessuten i enkelte tilfeller, kunne gi indikasjoner på virksomheten totalt sett i konsernet går dårlig. Datterselskapets konkurs vil derfor gi tap av goodwill også for morselskapet, og morselskapet vil derfor også i slike tilfeller kunne være interessert i å stille opp for datter selv om datters virksomhet isolert sett ikke er verdt å satse videre på. Det kan også tenkes at morselskapet er en spesielt viktig kunde for banken, og at risikoen ved uformelle sikkerhetsstillelser derfor er lavere enn risikoen ved å tape disse kundene til andre konkurrenter.

Andre forhold som kan tilsi at bankene velger comfort letters, kan eksempelvis være forhold til morselskapets vedtekter eller policy, samt regnskapsrettslige forhold da garantier må oppgis i resultatregnskapet. Valutamessige forhold eller forhold til løpende lån med covenants om forbud mot ytterligere lån eller garantier, kan dessuten også i noen tilfeller begrunne bruk av comfort letters.⁶⁵

Basert på dette, vil derfor bankene i gitte situasjoner, anse slike uformelle sikkerhetsstillelser som tilstrekkelige, selv om dette neppe er tilfellet i flertallet av låneforholdene. For de skattyterne som har avgitt en uformell erklæring, vil derfor den nevnte usikkerheten for hvorvidt Rentebegrensingsregelen kommer til anvendelse eller ikke, kunne oppleves større i slike situasjoner sammenlignet med de situasjonene der det er på det rene at det er inngått en rettslig bindende avtale som eksempelvis en kausjon.

⁶⁵ Lereim (2014)

Basert på den overnevnte drøftelsen, kan man altså stille spørsmål ved hva som mer konkret skal omfattes som sikkerhet i tilknytning til Sikkerhetsregelen. Enkelte av disse spørsmålene drøftes i avsnittene 3.1.2 til 3.1.4 nedenfor. Basert på disse drøftelsene, gis en konkret oppfordring til lovgiver i avsnitt 3.1.5.

3.1.2 Er negative pantsettelseserklæringer å anse som sikkerhet?

Ifølge Carlberg (2003) innebærer negativ pantsettelseserklæring en bekreftelse overfor kreditor om at debitor ikke vil pantsette sine aktiva, og det utgjør således en begrensning i råderetten til debitor over egne eiendeler. Carlberg skriver videre at eventuelle unntak fra denne bekreftelsen, kan være pant i fast eiendom for lån som er ytet av for eksempel forsikrings- og kredittselskap, og som har en lovfestet eller vedtektsfestet rett til pant.⁶⁶

Unntaket vedrørende negative pantsettelseserklæringer i forskriftsforslaget første ledd, bokstav b, viser at lovgiver har ment at slike erklæringer også er ment å være sikkerhetsstillelse. I høringsnotatet omtales dessuten negative pantsettelseserklæringer som en form for sikkerhetsstillelse, og dette presiseres også ytterligere med uttalelsen om at slike erklæringer allerede vil være omfattet av første ledd, bokstav a, i de tilfeller der eierkravet er oppfylt.⁶⁷ Dette innebærer at sikkerhetsstillelse omfatter mye mer enn ren pant, som er den typiske formen for sikkerhetsstillelse. Det er altså ikke et krav om at banken har sikkerhet foran andre kreditorer, selv om slik sikkerhet er mer verdt.

I flere av høringsmerknadene stilles det imidlertid spørsmål om negative pantsettelseserklæringer, i det hele tatt er å anse som sikkerhetsstillelse, jf. blant annet høringsuttalelsene til Wikborg Rein (s. 3 og 4), Advokatforeningen (s. 3) og Finans Norge (s. 4).

⁶⁶ Carlberg (2003) s. 105

⁶⁷ Høringsnotat (20.12.2013) s. 5

Man kan derfor stille spørsmål om slike erklæringer normalt anses som sikkerhetsstillelse, og hvilke konsekvenser det har for skattyterne at slike erklæringer er omfattet av sikkerhetsbegrepet slik dette skal forstås i medhold av Sikkerhetsregelen.

Andenæs (2006) uttaler i forbindelse med forklaringen av begrepet sikkerhetsstillelse i aksjeloven § 8-7 flg., at negative pantsettelseserklæringer er en begrensning av selskapets handlefrihet, men at det ikke er tale om en gjeldspost eller belastning av selskapets formue til fortrengsel for selskapets kreditorer. Andenæs uttaler videre at erklæringen derfor neppe kan ses som sikkerhetsstillelse i aksjelovens forstand.⁶⁸ Giertsen (1996) uttaler at negative pantsettelseserklæringer faller utenfor definisjonen av begrepet sikkerhetsstillelse i den daværende Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr. 59 § 12-10. Han begrunner dette med at en negativ pantsettelsesklausul ikke stifter noen betinget forpliktelse i motsetning til hva det vil innebære ”å stille sikkerhet”.⁶⁹ Dette illustrerer altså hvordan begrepet er ment å forstås i aksjelovens forstand.

Basert på ordlyden i forskriftsforslaget, kan dette derfor tilsi at det foreligger et slags brudd mellom skatteretten og selskapsretten. At negative pantsettelseserklæringer ikke forstås som sikkerhetsstillelse på selskapsrettens område, kan derfor tilsi at det heller ikke skal anses som sikkerhetsstillelse på skatterettens område. I selskapsretten er det imidlertid andre hensyn som ligger til grunn, og som ikke nødvendigvis er sammenfallende med skatteretten. Basert på dette, er det ikke derfor nødvendigvis slik at selv om negative pantsettelseserklæringer ikke er å anse som sikkerhetsstillelse i aksjelovens forstand, skal tilsvarende være tilfellet innenfor skatteretten.

Wikborg Rein uttaler i sin høringsuttalelse at det er langvarig praksis i Norge for at negative pantsettelseserklæringer ikke omfattes som sikkerhetsstillelse, og at slike erklæringer derfor ikke bør omfattes av Sikkerhetsregelen. De begrunner dette blant annet med at en negativ pantsettelseserklæring er en ren avtalerettslig forpliktelse mellom to

⁶⁸ Andenæs (2006) s. 475

⁶⁹ Giertsen (1996) s. 74

parter, og at den ikke gir en slik særrett til dekning slik en sikkerhetsstillelse gjør. Av blant annet denne grunn, vil heller ikke en negativ pantsettelseserklæring, påvirke debtors lånekapasitet.⁷⁰ Advokatforeningen gir også uttrykk for at det fremstår som rart at slike erklæringer omfattes, da disse ikke gir låntaker økt lånekapasitet.⁷¹

Wikborg Rein presiserer ikke nærmere hvilken praksis som gir støtte for at slike erklæringer ikke er å anse som sikkerhetsstillelse, men det er naturlig å anta at de støtter seg til praksis på skatterettens område. Dersom Wikborg Rein og Advokatforeningen har rett, er det vanskelig å forstå hvorfor negative pantsettelseserklæringer skal anses som sikkerhetsstillelse, da de ikke gir grunnlag for økte lånemuligheter for debitor, og dermed ikke er i tråd med hensynet bak Sikkerhetsregelen. I så fall vil disse erklæringene nemlig være irrelevante for kreditor.

Carlberg (2003) uttaler at en negativ pantsettelseserklæring ikke kan forhindre at låntaker pantsetter eiendeler også til fordel for andre kreditorer, eller at de tar inn eiendeler beheftet med salgspant inn i sine aktiva. Et eventuelt brudd på erklæringen, vil imidlertid føre til at lånet er misligholdt og at banken derfor kan kreve beløpet tilbakebetalt.⁷² Dette kan derfor tvert i mot tyde på at banken betrakter slike negative pantsettelseserklæringer som sikkerhetsstillelse, dersom de er avhengig av slike erklæringer for å inngå låneavtaler. Dette taler i så fall, i motsetning til uttalelsen fra Wikborg Rein og Advokatforeningen, at negative pantsettelseserklæringer er å anse som sikkerhetsstillelse.

Basert på det overnevnte, er det ulike syn på hvorvidt negative pantsettelseserklæringer er å anse som sikkerhetsstillelse, noe som derfor bidrar til uklarhet rundt begrepet sikkerhetsstillelse slik dette skal forstås i henhold til Sikkerhetsregelen.

⁷⁰ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 3

⁷¹ Høringsuttalelse Advokatforeningen (17.2.2014) s. 3

⁷² Carlberg (2003) s. 105

Wikborg Rein uttaler også i sin høringsuttalelse at negative pantsettelseserklæringer ofte kan inneholde flere unntak, det vil si at låntageren blant annet kan forhandle seg frem til å kunne pantsette enkelte spesifikt angitte eiendeler, eller foreta pantsettelse til fordel for spesifikt angitte kreditorer.⁷³

Dersom man legger til grunn at negative pantsettelseserklæringer er å anse som sikkerhetsstillelse, kan man derfor stille spørsmål ved i hvilken grad en negativ pantsettelseserklæring i slike tilfeller faktisk gir mulighet for økning i debitors lånekapasitet, da disse unntakene jo begrenser kreditors trygghet for lånet.

Det er naturlig å anta at dette avhenger av omfanget av disse fremforhandlede unntakene, jf. også høringsuttalelsen til Wikborg Rein.⁷⁴ Dersom det bare er tale om få unntak fra denne erklæringen, reduseres sannsynligheten for at disse resulterer i mindre lånemuligheter for debitor. Jo flere unntak det er snakk om, jo mindre innvirkning vil derimot den negative pantsettelseserklæringen ha på debitors låneopptak. I slike tilfeller er det derfor usikkert hvorvidt slike erklæringer, i tråd med hensynet bak Sikkerhetsregelen, faktisk fungerer som en sikkerhet for kreditor.

Det som her er nevnt, viser at det kan oppstå usikkerhet og uklarhet rundt hvorvidt lovgiver med dette unntaket, utvider begrepet sikkerhetsstillelse til også å omfatte negative pantsettelseserklæringer. Usikkerheten blir heller ikke mindre i de tilfeller der det er fremforhandlet en rekke unntak fra pantsettelseserklæringen. Dersom lovgiver med denne regelen, introduserer et videre sikkerhetsbegrep enn hva som har vært den normale forståelsen frem til nå, vil dette kunne skape usikkerhet og ikke minst forvirring hos skattyterne. Dette kan igjen medføre at skattyterne blir hardere rammet som følge av at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse i flere tilfeller enn det skattyterne forventer at vil bli tilfellet. Likevel er det ikke overraskende at det kommer negative

⁷³ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 3

⁷⁴ Op.cit. s. 4

reaksjoner fra skattyterne i de tilfeller der det introduseres nye innstramminger i skattereglene, og det er derfor viktig å vurdere deres reaksjoner også tatt dette i betraktning.

Dersom den normale forståelsen av begrepet sikkerhetsstillelse skal legges til grunn, slik dette påstås av de overnevnte høringsuttalelsene, vil det innebære at unntaket i første ledd, bokstav b, vil kunne anses overflødig. Som nevnt over, følger det direkte av forskriftsforslaget, at lovgiver også anser negative pantsettelseserklæringer som en type sikkerhetsstillelse, jf. også artikkelen til Carlberg. Det er grunn til å tro at departementet tar med dette, fordi det i mange tilfeller *kan tenkes* å påvirke lånemuligheten. Dersom dette er tilfellet, kan man imidlertid stille spørsmål ved hva som skjer i de tilfeller der skattyter klarer å bevise at det ikke har påvirket lånemuligheten i en konkret sak, eksempelvis ved å legge frem en erklæring fra banken om dette. I tråd med hensynet bak Sikkerhetsregelen, er det naturlig å anta at forholdet i slike tilfeller vil bedømmes som eksternt, men dette fremstår ikke som klart. Det kan også stilles spørsmål ved hvem som egentlig burde ha bevisbyrden for at det foreligger økte lånemuligheter. I utgangspunktet er det staten som har bevisbyrden for skatteplikt, og det er derfor naturlig å anta at dette i så fall må være tilfellet også i slike tilfeller.

Lovgiver bør etter mitt syn konkretisere hvorfor slike erklæringer skal anses som sikkerhetsstille, i større grad enn hva som til nå har blitt på skatterettens område. I denne sammenheng bør det også forklares hvilke hensyn som i så fall ligger bak en slik eventuell utvidelse av dette begrepet, se også avsnitt 3.1.5 nedenfor.

3.1.3 Hva skjer i de tilfeller der sikkerhetsstillelse avvikles eller etableres i løpet av inntektsåret?

Det er naturlig å anta at det er en veldig praktisk problemstilling at låneforholdene fort kan endres fra å være eksterne, til å bli interne med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

Et datterselskap trenger eksempelvis mer kapital i løpet av inntektsåret, som en følge av at det skal ekspandere virksomheten sin. I slike tilfeller er det ikke sikkert at datterselskapet er finansielt sterkt nok til på egenhånd å kunne utvide lånet sitt hos banken, og vil derfor kunne være avhengig av at morselskapet eller et annet nærstående selskap stiller sikkerhet.

Dersom morselskapet stiller med sikkerhet eksempelvis først i oktober et gitt år, kan man derfor stille spørsmål om hvordan rentene på datterselskapets gjeld dette året skal beregnes. Anta at datterselskapet frem til oktober har et eksternt lån på 50 millioner kroner, men at dette øker med 40 millioner i oktober som en følge av utvidet lån med sikkerhet, til totalt 90 millioner kroner. Det er ikke vanskelig å se for seg at de økonomiske konsekvensene er mye større i de tilfeller der rentekostnadene på hele lånet tilsvarende 90 millioner kroner skal omfattes av Rentebegrensningsregelen, kontra at rentekostnadene til 40 millioner kroner omfattes.

Mer presist kan man derfor stille spørsmål om det kun er rentene på lånet fra og med oktober og ut året som skal kategoriseres som interne? Eller skal alle rentene på lånet hele dette året anses som interne?

Det fremkommer av ordlyden i 6. ledd, at gjelden skal anses opptatt hos nærstående ”så langt” en nærstående har stilt sikkerhet for gjelden.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det bare er den delen av gjelden som kan knyttes til sikkerhetsstillelsen som skal anses som intern. I eksemplene over, er det etter min mening derfor naturlig å anta at kun de 40 millioner kronene betraktes som intern gjeld, mens de resterende 50 millioner kronene betraktes som ekstern gjeld.

I de tilfeller der sikkerhetsstillelsen gjelder hele lånet, har imidlertid lovgiver valgt å anse alle rentene knyttet til det eksterne lånet som interne, selv der hvor en del av lånet kunne blitt tatt opp av datterselskapet uten denne sikkerhetsstillelsen. En bestemmelse om oppdeling av lånet der en tar hensyn til hvor stor del av lånet som var avhengig av

sikkerhetsstillelsen, ble vurdert som vanskelig praktisk gjennomførbart. En slik løsning ville dessuten stå i dårlig sammenheng med lån som faktisk er interne.⁷⁵

I eksempelet over innebærer dette at dersom sikkerhetsstillelsen er knyttet til hele lånet på 90 millioner, skal alle rentekostnadene betraktes som interne, til tross for at sikkerhetsstillelsen egentlig bare var nødvendig for de siste 40 millionene av lånet som ble tatt opp i oktober.

Det samme vil være tilfellet dersom man tenker seg at datterselskapet ikke øker lånerammen mot slutten av året, men der lånet er konstant gjennom året. Selv om morselskapet stiller sikkerhet for dette lånet, vil en viss andel av lånet likevel ofte kunne vært tatt opp av datterselskapet på egenhånd. Også i dette tilfellet skal likevel rentene anses som interne med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse på hele låneforholdet.

Under forutsetning av at den overnevnte tolkingen av ordlyden i 6. ledd, er riktig, må uttalelsen i forarbeidene derfor kunnes sies å stride mot ordlyden da det ikke foretas et skille mellom den delen av lånet som faktisk er avhengig av sikkerhetsstillelse, og den delen som ikke er det.

Ifølge Banoun og Kaarbø (2014) går det å anse hele låneforholdet som internt, utover de hensynene som Skattedirektoratet og Finansdepartementet selv påberoper seg.⁷⁶ Dette innebærer at bestemmelsen her gis et videre anvendelsesområde enn det som også følger av hensynene bak Sikkerhetsregelen.

At forarbeidene derfor tilsynelatende peker i en annen retning enn det både ordlyden og hensynet med bestemmelsen tilsier, må kunne sies å skape en lite forutberegnlig situasjon for skattyterne.

⁷⁵ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 126

⁷⁶ Banoun og Kaarbø (2014) s. 53

Uttalelsen i forarbeidene kan komme til å gi incentiv til at selskapene ber bankene presisere hvilke deler av lånet som det er stilt sikkerhet for og ikke. I slike tilfeller vil nemlig skattyterne kunne dokumentere at sikkerhetsstillelsen ikke gjelder hele lånet, som jo er forutsetningen for denne uttalelsen. Samtidig vil ofte hele lånet kunne nyte godt av sikkerhetsstillelsen selv om deler av lånet kunne vært tatt opp uten denne, da sikkerheten kan brukes straks debitor misligholder betaling av avdrag. I et slikt tilfelle kan derfor forarbeidene muligens forstås slik at en dokumentasjon på oppdeling av lånet, likevel ikke vil begrense anvendelsen av Rentebegrensningsregelen til deler av lånet. Det fremgår derfor ikke klart av forarbeidene hvordan denne uttalelsen mer presist skal forstås.

At departementet begrunner at hele lånet skal anses som internt med praktiske hensyn, tyder på at hensynet til en enklere hverdag for skattemyndighetene, går foran hensynet til riktig beskatning, noe som må kunne sies å være en lite rimelig og rettferdig sett fra skattyters øyne. Det kan finnes argumenter for at en slik oppdeling av lånet vil kunne medføre noe økt ressursbruk, og muligens oppleves som mer komplisert for ligningsmyndighetene, sammenlignet med de tilfeller der hele lånet betraktes som internt. Det er imidlertid naturlig å anta at dette hensynet ikke veier like tungt i de tilfeller der skattyterne kan fremlegge dokumentasjon fra banken på hvilken del av lånet som er avhengig av sikkerhetsstillelse og ikke, under forutsetning av at skattemyndighetene godtar slik oppdeling. I slike tilfeller er det derfor etter min mening vanskelig å se at merarbeidet for ligningsmyndighetene blir så stort at dette veier tyngre enn hensynet til en rett og rimelig beskatning for skattyterne.

At lovgiver også begrunner at en oppdeling av lånet vil stå i dårlig sammenheng med lån som faktisk er interne, er et hensyn som heller ikke kan veie særlig tungt, da lån som faktisk er interne, jo er ment å skulle rammes av Rentebegrensningsregelen. I de tilfeller der skattyter derimot kan dokumentere at deler av lånet er tatt opp på armlengdemessige vilkår, er det derfor sterke hensyn som taler for at dette holdes utenfor § 6-41.

Basert på dette, er det derfor etter min mening nødvendig at departementet av hensyn til skattyterne her kommer med en presisering som er mer i tråd med både ordlyden og hensynet bak bestemmelsen i § 6-41, 6. ledd.

3.1.4 Bør bare sikkerhetsstillelser som rent faktisk øker debitors lånekapasitet, omfattes?

Forarbeidene uttaler som nevnt tidligere, at forutsetningen for at noe skal være sikkerhetsstillelse, er at sikkerhetsstillelsen har påvirket eksempelvis et datterselskaps lånemuligheter, sammenlignet med hva dette datterselskapet kunne ha oppnådd i markedet uten slik sikkerhetsstillelse.

Det er altså tilstrekkelig at det er *muligheten* for høyere lån som medfører at et forhold omfattes av Rentebegrensningsregelen, og ikke det forhold at sikkerhetsstillelsen faktisk har medført høyere lån, sammenlignet med hva situasjonen ville vært uten denne sikkerhetsstillelsen.

Det er ikke presisert verken i forarbeidene eller i høringsnotatet, hvorfor det er tilstrekkelig med mulighet for høyere lån, fremfor det mindre vidtrekkende alternativet som faktisk økt lån, medfører.

Dette kan imidlertid muligens henge sammen med at det er mer krevende for skattemyndighetene å måtte skille mellom de tilfeller der en sikkerhetsstillelse faktisk har medført høyere lån, og der det kun foreligger en mulighet for dette. Mer konkret ville skattemyndighetene i slike tilfeller måtte sette seg inn i hvert enkelt låneforhold, for slik å vurdere om sikkerhetsstillelsen har medført høyere lån. Dette krever igjen ganske inngående innsikt og kunnskap om konsernselskapenes økonomiske forhold, og det er derfor forståelig at dette alternativet ikke er valgt.

Til støtte for at det kun er muligheten for økt lån som er det sentrale, taler også det faktum at i de tilfeller der det stilles sikkerhet, gjøres dette nettopp fordi konsernselskapene trenger

høyere lån enn det er i stand til å oppnå på egenhånd. Sannsynligheten for at størrelsen på lånet derfor ikke er påvirket av sikkerhetsstillelsen, anses derfor for å være liten, da bankene ellers ikke ville stilt krav til sikkerhet.

Basert på dette, kan det derfor argumenteres for at det ikke vil påføre skattyterne store negative konsekvenser ved å omfatte sikkerhetsstillelser som gir økte lånemuligheter, fremfor de som faktisk har medført høyere lån. Tvert i mot øker dette forutberegnligheten da det ikke oppstår uklare grensetilfeller.

3.1.5 Oppfordring til lovgiver

Basert på den overnevnte drøftelsen, kan man konkludere med at rettstilstanden er uklar i vedrørende hva som betraktes som sikkerhetsstillelse og ikke. Det er imidlertid vanskelig å gi en uttømmende og dermed helt konkret definisjon av begrepet, da det alltid vil være grensetilfeller for hva som omfattes og ikke. En oppfordring kan derfor være at lovgiver kommer med en mer presis og detaljert forklaring enn hva som til nå har blitt gjort.

Et mulig forslag til hva som skal anses som sikkerhetsstillelse, kan eksempelvis være ”rettslig bindende avtaler mellom långiver og nærstående som har stilt sikkerhet”, noe som innebærer at ”comfort letters” også må representere en juridisk bindende sikkerhetsstillelse før de er relevante, jf. også høringsuttalelsen til PwC (side 6). Fordelen med en slik presis definisjon, er at man unngår at begrepet får et skjønnsmessig preg. Dette vil igjen kunne gi økt forutsigbarhet for skattyterne, og dessuten være ressursbesparende for både ligningsmyndighetene og skattyterne, jf også høringsuttalelsen til Advokatforeningen (side 3). Et argument mot en mer konkret definisjon, kan imidlertid være at det i slike tilfeller kan foreligge et stort incentiv for skattyterne til å skrive i avtalen at den ikke er rettslig bindende, for dermed å unngå at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

I lys av drøftelsen i avsnitt 3.1.2, bør lovgiver også å komme med en presisering av hvorvidt sikkerhetsbegrepet med innføringen av Sikkerhetsregelen, har fått et videre anvendelsesområde sammenlignet med hvordan dette begrepet tilsynelatende normalt

forstås. Man kan imidlertid stille spørsmål ved hvor langt man skal gå i å konkretisere slike begreper i rettsregler. Det er ønskelig å fjerne all mulig tvil, samtidig som dette ofte vanskelig lar seg gjøre. En antagelse kan derfor være at lovgiver er nødt til å komme med kompromisser, der resultatet derfor fort kan bli begreper som innebærer at regelen får en (for) vid anvendelse.

Det bør også presiseres hva som skjer der sikkerhetsstillelsen avvikles eller etableres i løpet av inntektsåret. I tråd med hensynene bak Sikkerhetsregelen, bør som nevnt over bare den delen av lånet som faktisk var avhengig av sikkerhet fra en nærstående part, omfattes av Rentebegrensningsregelen. Noe annet ville utvidet anvendelsen av Sikkerhetsregelen til ugunst for skattyter, og dessuten være i strid med hensynene med denne regelen, herunder armlengdeprinsippet. I denne forbindelse kan det eksempelvis stilles opp en beregningsmetode der det tas utgangspunkt i antall dager med og uten sikkerhetsstillelse, altså en forholdsmessig brøk. En slik oppdeling bør ikke være praktisk vanskelig gjennomførbart.

3.2 Ordlyden i forskriftsforslaget er for vid og vag

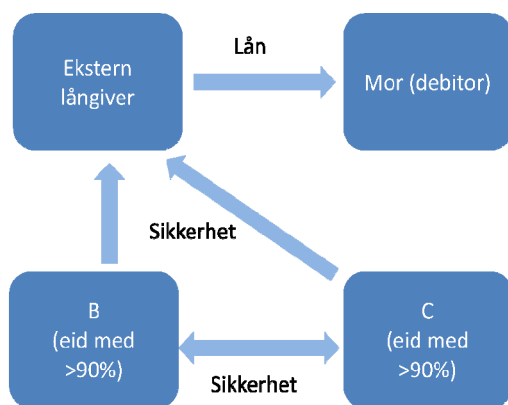
3.2.1 Skal kryssgarantier omfattes som intern gjeld?

Ifølge Wangen (2014) fremstår det som uklart hvor langt unntaket i forskriftsforslaget annet ledd går i å begrense fritakene i første ledd. I denne forbindelse stiller han blant annet spørsmål ved hvorvidt såkalte kryssgarantier, omfattes av dette unntaket.

Anta at morselskapet tar opp et lån i en ekstern bank, og at datterselskapene B og C er eid med 90 prosent eller mer av morselskapet. Datterselskapene stiller sikkerhet, eller avgir en negativ pantsettelseserklæring som i følge departementet er en form for sikkerhet, for morselskapets lån. I tillegg stiller datterselskapene sikkerhet for hverandre, såkalt kryss-

sikkerhet. Kreditor har derfor mer enn en garantist å gå på ved morselskapets mislighold, og det foreligger således et slags solidaransvar for datterselskapene.⁷⁷

Kryssgarantier mellom datterselskaper i konsernforhold er visstnok veldig vanlig,⁷⁸ og kan illustreres slik:



Illustrasjonen viser at en nærstående part har stilt slik sikkerhet til fordel for selskap som har stilt sikkerhet slik som nevnt i forskriftsforslagets 1. ledd, bokstav a. Dette har derfor den konsekvens at morselskapets eksterne lån som i eksempelet over, likevel omfattes som internt som følge av kryss-sikkerheten mellom selskapene B og C, jf. forskriftsforslagets 2. ledd, bokstav a.

Høringsnotatet begrunner, som nevnt tidligere, unntaket med at forholdene ligger til rette for at låntakeren, i dette tilfellet morselskapet, har muligheten til innvilgelse av høyere lån, sammenlignet med tilfellet uten slik sikkerhetsstillelse fra en nærstående part.

Spørsmålet er imidlertid om slike kryssgarantier faktisk gir økte lånemuligheter i dette tilfellet, og om forholdene derfor bør betraktes som intern gjeld med den følge at Rentebegrensingsregelen kommer til anvendelse.

⁷⁷ Høringsuttalelse Advokatforeningen (14.2.2014) s. 5

⁷⁸ Op.cit. s. 5

Det står ingenting i høringsnotatet om denne situasjonen med kryssgarantier, og det fremstår således som uklart hvorvidt lovgiver har ment å inkludere slike tilfeller i forskriftsforslagets annet ledd.

Datterselskapene er i eksempelet eid med 90 prosent eller mer, og den økonomiske situasjonen er derfor i realiteten den samme som situasjonen i forskriftsforslagets første ledd, bokstav a. Hadde begge datterselskapene stilt sikkerhet for morselskapet, men sikkerhetsstillelse for hverandre, ville tilfellet vært omfattet av første ledd. Ettersom begge selskapene i dette tilfellet stiller sikkerhet for morselskapets eksterne lån, vil derfor ikke kryssgarantien gi morselskapet lånemuligheter utover hva som ville vært tilfellet uten denne sikkerhetsstillelsen. Dette er fordi sikkerhetsstillelsene jo nettopp gjelder verdier som reflekteres av morselskapets balanse.⁷⁹ Departementet unntar derfor et forhold som i realiteten hører inn under unntaket i første ledd, bokstav a. Dette har igjen den konsekvens at unntaket i annet ledd, synes å utvide anvendelsesområdet for Rentebegrensningsregelen i større grad enn det departementet selv anfører som hensynet med sktl. § 6-41, 6. ledd, bokstav a.

Spørsmålet er imidlertid om det er mulig å tolke bort denne situasjonen til tross for at ordlyden taler for at slike tilfeller omfattes.

At høringsnotatet ikke omhandler dette tilfellet, kan kanskje tyde på at departementet ikke har tenkt på dette tilfellet. Selv om ordlyden taler for at tilfellet omfattes, vil en inkludering av slike garantier ikke være i tråd med hensynet bak Sikkerhetsregelen, og det synes således merkelig om departementet har ment å omfatte slike kryssgarantier som det jo i realiteten unntar etter første ledd, bokstav a. Det er derfor naturlig å anta at ordlyden skal tolkes slik at garantiene ikke omfattes av Rentebegrensningsregelen.

⁷⁹ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 5

Avsnitt 3.2.2 og 3.2.3 stiller også spørsmål om konkrete tilfeller omfattes av unntaket i forskriftsforslagets annet ledd.

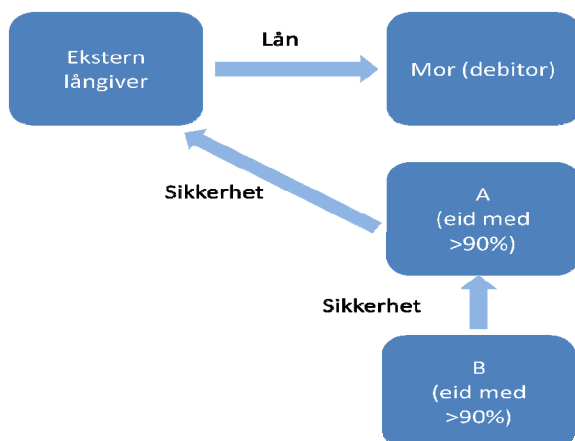
3.2.2 Skal oppstrømsgarantier omfattes som intern gjeld?

Wangen (2014) gir også uttrykk for at det fremstår som uklart hvorvidt såkalte oppstrømsgarantier skal omfattes av Rentebegrensningsregelen eller ikke.

Anta at morselskapet eier selskap A med mer enn 90 prosent, og selskap A eier selskap B med mer enn 90 prosent. Hvis datterselskapet A stiller sikkerhet for morselskapets eksterne låneopptak, og datterdatter selskapet B stiller sikkerhet for A, vil dette innebære at morselskapets eksterne låneopptak vil være omfattet av Rentebegrensningsregelen. Eksempler på slike sikkerhetsstillelser fra selskap B, kan være sikkerhet for forpliktelser som selskap A har i forbindelse med eget låneopptak, og som derfor ikke nødvendigvis har noen tilknytning til morselskapets låneopptak. Det er visstnok vanlig at selskaper i konsernforhold opererer med slike oppstrømsgarantier.⁸⁰

Basert på dette, kan man stille spørsmål om hvordan oppstrømsgarantier skal vurderes i henhold til Rentebegrensningsregelen.

Oppstrømsgarantier kan illustreres slik:



⁸⁰ Høringsuttalelse Advokatforeningen (17.2.2014) s. 5

I likhet med situasjonen for kryssgarantier, fremkommer det ikke av høringsnotatet hvorvidt oppstrømsgarantier omfattes av unntaket i annet ledd. I likhet med kryssgarantier, er dette derfor muligens noe departementet ikke har tenkt på.

Hensynet med forskriftsforslaget første ledd, bokstav a, synes imidlertid å være at man aksepterer slike oppstrømsgarantier, så lenge eierkravet er oppfylt. Etter forskriftsforslaget annet ledd, bokstav a, vil imidlertid slik sikkerhetsstillelse i kjede, likevel medføre at morselskapets eksterne gjeld blir kategorisert som intern. Dette innebærer i likhet med kryssgarantier, at anvendelsesområdet for sktl.§ 6-41, 6. ledd, bokstav a, tilsynelatende utvides. Selskaps B sin sikkerhetsstillelse for datterselskapet A i dette tilfellet, vil nemlig ikke medføre økt lånemulighet for morselskapet, da dette i realiteten jo er indirekte eid av morselskapet med 90 prosent eller mer, og dermed reflekterer morselskapets egne verdier.

I likhet med situasjonen for kryssgarantier, oppstår det derfor tolkingstvil om hvorvidt lovgiver har ment å inkludere slike garantier i unntaket i annet ledd. Det er imidlertid mest nærliggende å tro at lovgiver heller ikke har ment å inkludere dette tilfellet, da det ikke er i tråd med hensynet om at bare sikkerhetsstillelser som bidrar til debitors økte lånemuligheter, omfattes. Dette taler derfor også her for å tolke bort dette tilfellet i samsvar med dette hensynet.

Uansett årsak til hvorfor departementet ikke har uttrykt seg klarere vedrørende disse forholdene, bør det presisere hvorvidt sikkerhet i kjede og kryssgarantier, skal omfattes eller ikke. På denne måten unngår man den usikkerheten og dermed lite forutsigbare situasjonen som skattyterne nå kan oppleve. Som nevnt tidligere, er kryssgarantier og sikkerhet i kjede praktisk vanlige, og det er derfor naturlig å anta at det er mange som rammes av denne uklarheten.

Finans Norge kommer i sin høringsuttalelse med et konkret forslag om å innføre et nytt tredje ledd i forskriftsbestemmelsen, der det fremkommer at bestemmelsen i annet ledd

ikke vil gjelde der låntaker direkte eller indirekte eier den som har stilt sikkerhet med 90 prosent eller mer.⁸¹

Fordelen med dette forslaget, er at det kommer klart frem i forskriftsteksten at slike forhold ikke omfattes. Den samlede reguleringen slik den fremkommer i dag, med en hovedregel, tre unntak og to unntak fra de to første unntakene, fremstår imidlertid som så kompleks, at det synes fristende å fraråde departementet om å innføre enda flere unntak, jf. også Banoun og Kaarbø (2014).⁸²

Et forslag som vil kunne forhindre et ytterligere komplekst regelsett, kan være en presisering i forskriftsforslagets annet ledd om at bestemmelsen ikke skal gjelde i de tilfeller der låntakeren eier direkte eller indirekte med 90 prosent eller mer.⁸³ PwC foreslår i sin høringsuttalelse en tilsvarende løsning, og uttaler at man med en slik presisering vil oppnå det som antas å være formålet med regelen, nemlig at kun reelle garantier utenfor debtors egen balanse, vil medføre omklassifisering av gjelden.⁸⁴ Med en slik presisering, unngås også eventuelle uklarheter om hvorvidt slike tilfeller som her er nevnt, skal omfattes eller ikke. Likevel kan man stille spørsmål om dette er mindre komplekst enn det tidligere nevnte forslaget om å inkludere et nytt tredje ledd. Ettersom det er tale om et unntak som er til gunst for skattyterne, vil dette ikke være omfattet av legalitetsprinsippet. En presisering i forarbeidene eller i en tolkingsuttalelse fra departementet, kan derfor være tilstrekkelig for å klargjøre rettstilstanden for skattyterne. På den andre siden er det mye som taler for at skattyterne bør få tilstrekkelig klarhet bare ved å lese forskriftsteksten, noe som bidrar til at presisering i forskriftsteksten likevel kan fremstå som det beste alternativet.

⁸¹ Høringsuttalelse Finans Norge (13.2.2014) s. 7

⁸² Banoun og Kaarbø (2014) s. 55

⁸³ Høringsuttalelse Advokatforeningen (17.2.2014) s. 5

⁸⁴ Høringsuttalelse PwC (14.2.2014) s. 5

3.2.3 Omfattes konsernkontoordninger med kredittramme av forskriftsforslagets annet ledd?

Høringsnotatet uttaler at de samme hensynene og vurderingene som ligger bak bestemmelsen i 6. ledd, bokstav a, også gjør seg gjeldene for konsernkontoordninger, det vil si der konsernselskapene har en konsernkontoordning i en ekstern bank. Gjennom en slik ordning kan et selskaps likviditetsoverskudd brukes av et annet selskap i konsernet som trenger likviditet.⁸⁵

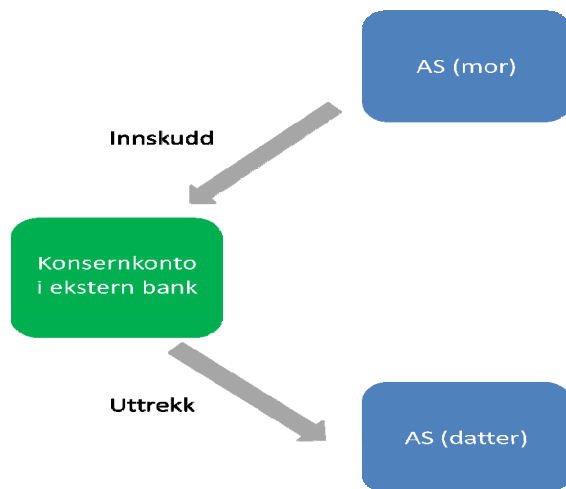
Den såkalte ConocoPhillips dommen⁸⁶ (lagmannsrettsdom) gir et eksempel på en konsernkontoordning.

Saken gjaldt to selskaper i ConocoPhillips-konsernet, som sammen med andre konsernselskaper var deltakere i en konsernintern flervalutapoolordning. Dette var en konto i en ekstern bank der selskapene kunne plassere overskudd, og foreta uttrekk ved behov. Spørsmålet i saken var blant annet om rentene på den avtalte rentesatsen i denne poolordningen, var redusert som en følge av interessefellesskapet, slik at sktl. § 13-1 ga hjemmel for inntektspåslag. Lagmannsretten kom til at det forelå en inntektsreduksjon som ga grunnlag for fastsettelse av inntekten ved skjønn, selv om rentesatsen ikke var lavere enn man ville oppnådd i en ekstern bank.

Konsernkontoordninger kan illustreres slik:

⁸⁵ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 52

⁸⁶ LB-2009-81881



Av høringsnotatet fremkommer at bestemmelsen i forskriftsforsalgets annet ledd, medfører at ved konsernkontoordninger med kredittramme, og der selskapene stiller sikkerhet i fellesskap, er det bare rentene på morselskapets gjeld til banken som skal anses som eksterne.⁸⁷

Wikborg Rein og Advokatforeningen uttrykker at denne uttalelsen ikke er forenlig med ordlyden i annet ledd.⁸⁸ Spørsmålet er derfor om departementet med uttalelsen unntar konsernkontoordninger fra reglene om sikkerhetsstillelse, til tross for at dette verken fremgår av ordlyden i 6. ledd, bokstav a eller forskriftsforslaget.

Departementet uttaler at ved konsernkontoordninger der banken kun fungerer som en administrator for selskapenes likviditetsordning, kategoriseres gjelden alltid som intern. Der det foreligger konsernkontoordninger med kredittramme, og der morselskapet eller selskapene i fellesskap stiller sikkerhet, vil det imidlertid ”bero på om vilkårene for unntak etter forskriften er oppfylt”, om gjelden skal kategoriseres som intern eller ekstern.⁸⁹ Der

⁸⁷ Høringsnotat (20.12.2013) s. 6

⁸⁸ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 6 og Høringsuttalelse Advokatforeningen (17.2.2014) s. 4 og 5

⁸⁹ Høringsnotat (20.12.2013) s. 4

det foreligger kredittramme, vil altså muligheten for økt lånekapasitet, være det avgjørende for hvordan gjelden kategoriseres.

Dette tilsier at selv om det ikke fremkommer av ordlyden, skal unntaket gjelde tilsvarende for konsernkontoordninger med kredittramme. Den overnevnte uttalelsen om at morselskapets gjeld skal betraktes som ekstern, kan imidlertid bidra til forvirring om hvorvidt forholdet likevel ikke skal omfattes av unntaket i annet ledd. Til tross for dette er det naturlig å anta at departementet ikke har ment å unnta konsernkontoordninger med kredittramme, da uttalelsene må leses i sammenheng. For å unngå enhver mulig tvil, oppfordres det imidlertid til at departementet klargjør dette.

3.3 Forskriftsforslaget synes å utvide ordlyden i sktl. § 6-41 6. ledd, bokstav a

3.3.1 Manglende krav til sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene

Det er som nevnt tidligere, presisert i høringsnotatet at bestemmelsene i forskriftsforslaget annet ledd skal gjelde uavhengig av om det er en sammenheng mellom på den ene siden sikkerhetsstillelsen fra det andre nærstående selskapet til fordel for datterselskapet mv, og på den andre siden det underliggende selskapets sikkerhetsstillelse til fordel for morselskapet.

Dette resulterer i at det kan stilles spørsmål ved om flere praktiske tilfeller som en følge av manglende krav til sammenheng, likevel skal medføre at eksternt gjeld blir omklassifisert til intern gjeld med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

Enkelte av disse tilfellene diskuteres nærmere nedenfor i avsnittene 3.3.2 og 3.3.3.

3.3.2 Flere typer av sikkerhetsstillelser omfattes enn det som kan være hensikten

Manglende krav til sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene, innebærer at *enhver* sikkerhetsstillelse som det nærstående selskapet stiller for det selskapet som har stilt sikkerhet for det eksterne lånet, uansett type og omfang, vil innebære at det eksterne lånet omfattes som internt, jf. også høringsuttalelsen til advokatfirmaet Schjødt.⁹⁰

To eksempler kan bidra til å belyse dette nærmere.⁹¹

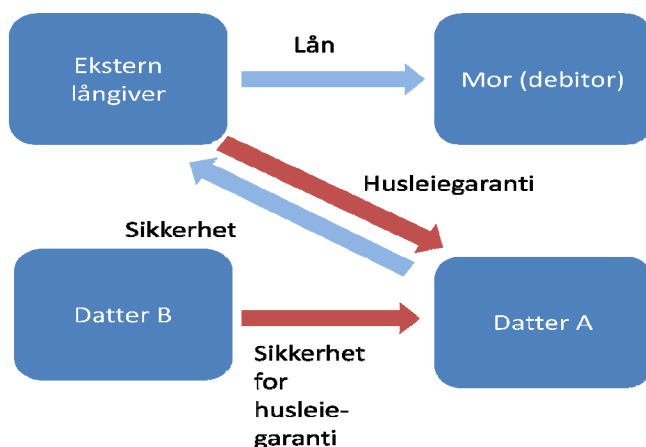
Anta for det første at datterselskap A stiller sikkerhet for morselskapets lån. Helt uavhengig av sikkerhetsstillelsen for morselskapet, ber datterselskapet A om en husleiegaranti fra

⁹⁰ Høringsuttalelse Schjødt (14.2.2014) s. 1

⁹¹ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 6 og Høringsuttalelse PwC (14.2.2014) s. 5

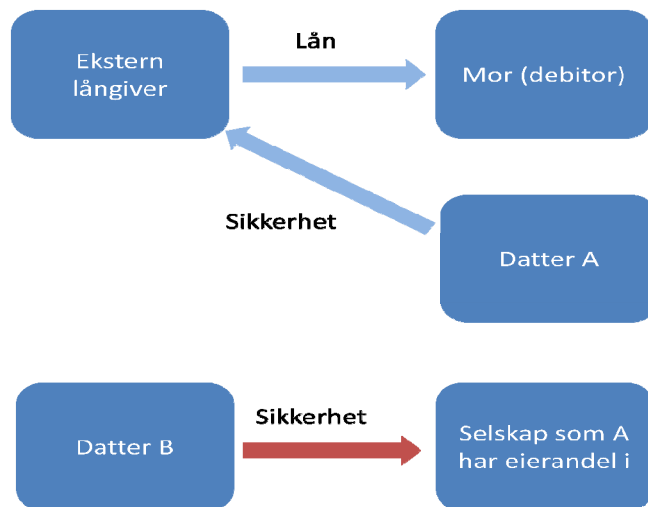
banken. Banken er interessert i sikkerhetsstillelse for denne husleiegarantien, og ber derfor datterselskapet B om å stille sikkerhet for husleiegarantien. Det er naturlig å anta at dette er en praktisk problemstilling.

Denne situasjonen kan illustreres slik:



For det andre kan man tenke seg at et datterselskap A, deltar med en viss eierandel i et utviklingsselskap, sammen med andre eksterne eiere. Et annet datterselskap B, stiller sikkerhet for forpliktelser som selskap A har i dette utviklingsselskapet, eksempelvis for dets forpliktelse til å dekke innskudd i dette selskapet. Dersom datterselskap A, helt separat fra dette, har stilt sikkerhet til fordel for morselskapets eksterne låneopptak, kan dette derfor med hjemmel i annet ledd, medføre at morselskapets lån skal kategoriseres som internt med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

Denne situasjonen kan illustreres slik:



Sikkerhetsstillelsen fra B i disse to eksemplene, har ikke noe med det nevnte låneopptaket for morselskapet å gjøre. Likevel skal morselskapets eksterne gjeld omklassifiseres til intern gjeld i dette tilfellet, da dette omfattes av ordlyden i forskriftsforslagets annet ledd.

Departementet gir ingen begrunnelse for hvorfor det ikke oppstilles et krav om sammenheng mellom disse to formene for sikkerhet.

En mulig forklaring kan være at lovgiver har ønsket å inkludere disse tilfellene, med den begrunnelse at debtors (morselskapets) lånemuligheter også kan komme til å øke selv ved manglende sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene. Dette vil derfor tilsynelatende være tilfellet uavhengig av eierandelen på det nærstående selskapet B.

På bakgrunn av dette kan man derfor stille spørsmål om sikkerhetsstillelsen fra datterselskap B i de nevnte eksemplene over, i det hele tatt kan tenkes å medføre økte lånemuligheter for morselskapets låneopptak.

Sikkerheten er ikke knyttet til den konkrete gjelden, men til forpliktelser som datterselskapet A har uavhengig av sikkerhetsstillelsen til morselskapet. I de tilfeller der selskap B har en eierandel på 90 prosent eller mer, er det lite tenkelig at morselskapets lånekapasitet kan komme til å øke, som en følge av at dette er verdier som reflekteres i

morselskapets balanse, jf. forskriftsforslagets første ledd, bokstav a. Dersom selskap B har en eierandel på mindre enn 90 prosent, vil det ikke være tale om tilstrekkelig andel verdier som reflekteres i morselskapets balanse, og dette kan derfor tale for at morselskapets lånemuligheter kan komme til å øke. Det er derfor naturlig å anta at det er disse forholdene som departementet har tatt sikte på, med bestemmelsen i annet ledd.

Til tross for en eierandel på mindre enn 90 prosent, fremstår det ikke som åpenbart at morselskapet vil ha muligheter for økt lån i disse tilfellene. Dette fordi det ikke er en sammenheng mellom sikkerhetsstillelsen fra B og morselskapets lån. Sikkerhetsstillelsen fra B omfatter et helt annet forhold, og det er derfor ikke innlysende at dette kan påvirke mors lånemuligheter i disse tilfellene.

Som en følge av dette, er det derfor vanskelig å se at B i disse tilfellene har stilt sikkerhet ”for gjelden”, jf. ordlyden i 6. ledd, bokstav a. Det vil i så fall være tale om en veldig indirekte sikkerhetsstillelse for morselskapets gjeld, og forskriftsforslaget annet ledd synes derfor å utvide hva som følger av en naturlig språklig forståelse av denne ordlyden. Det er dessuten vanskelig å se at sikkerhetsstillelsen fra B kan lede til økt lånekapasitet for morselskapet. Dette kan derfor tyde på at lovgiver også her går lenger enn hva som følger av hensynet bak reglene om sikkerhetsstillelse.

Basert på dette, kan man derfor stille spørsmål om hvilke konsekvenser det vil kunne ha for skattyterne, at departementet her tilsynelatende går lenger enn hva både ordlyden og hensynet med reglene om sikkerhetsstillelse tilsier.

Mange konserner, og da kanskje først og fremst store konserner, vil være involvert i en rekke transaksjoner og disposisjoner, og det er derfor ikke vanskelig å se for seg at bestemmelsen i annet ledd, vil kunne medføre praktiske utfordringer ved å gjennomføre forretningsmessig velbegrunnede disposisjoner.⁹² En konsekvens kan derfor muligens bli at selskap A i eksemplene over, ikke tør å stille sikkerhet til fordel for morselskapet, eller at

⁹² Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 6

selskap B vil måtte avstå fra å stille sikkerhet til fordel for A. Dette har igjen den konsekvens at konsernselskapene kan komme til å bruke mye ressurser på å måtte opptre varsomt med tanke på hvilke disposisjoner de kan foreta seg og ikke. På denne bakgrunn kan derfor manglende krav til sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene, i verste fall kunne medføre at dette blir en hindring for å kunne drive en effektiv og konkurransedyktig virksomhet. Dette kan derfor komme i konflikt med hensynet om at skattereglene skal sikre effektivitet,⁹³ og at de dermed ikke skal hindre ellers velbegrunnede transaksjoner.

En annen mulig forklaring på manglende krav til sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene, kan som nevnt tidligere, muligens være at skattemyndighetene anser det som praktisk å inkludere også disse tilfellene. På denne måten trenger ikke ligningsmyndighetene å bruke ressurser på å skille mellom hva som kan gi økte lånemuligheter og ikke, noe som derfor kan oppleves som mer tidseffektivt og enklere å håndtere for dem.

Spørsmålet er imidlertid om slike praktiske hensyn skal veie tyngre enn de negative konsekvensene som manglende krav til sammenheng kan komme til å medføre for skattyterne.

På den ene siden er det rimelig at skattemyndighetene bør ha regler som det ikke er altfor komplisert og ressurskrevende å håndheve. Det er derfor rimelig å anta at det går en grense for hvor omfattende utformingen av disse reglene skal være.

Til tross for dette, er det mye som tilsier at hensynet til skattyterne bør veie tyngst i dette tilfellet. Det nevnte hensynet til forutberegnlighet taler i stor grad for dette, da det ikke bør oppleves som usikkert for skattyterne når Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse eller ikke. De økonomiske konsekvensene er ofte såpass store, og dette tilsier derfor også at dette veier tyngre enn de nevnte praktiske hensynene. Det faktum at en konsekvens for skattyterne også i verste fall kan bli hindring i å drive effektiv og konkurransedyktig

⁹³ Zimmer (2014) s. 33

virksomhet, er lite samfunnsøkonomisk optimalt, og dette taler derfor også for at det er uheldig med slikt manglende krav til sammenheng.

På bakgrunn av dette, kan en konkret oppfordring til lovgiver være å innskrenke bestemmelsen i annet ledd, ved at det oppstilles et krav til sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene slik man allerede har gjort i 6. ledd, bokstav b. En slik presisering vil nemlig, som vi har sett, medføre større sannsynlighet for at sikkerhetsstillelsen gjør det mulig for morselskapet å ta opp et høyere lån hos en ekstern långiver, og vil dessuten være mer i samsvar med ordlyden i 6. ledd, bokstav a. Det er naturlig å anta at et slikt krav til sammenheng, ikke vil være for komplisert å håndheve for skattemyndighetene. At et tilsvarende krav er innført i 6. ledd, bokstav b, indikerer også at dette ikke bør være et stort problem.

Dersom det ikke oppstilles et krav til sammenheng, vil i det minste et krav om beløpsmessig sammenheng mellom de to sikkerhetsstillelsene, kunne bidra til å ivareta hensynet med Sikkerhetsregelen.⁹⁴ Beløpsmessig sammenheng sikrer nemlig at i hvert fall en viss andel av sikkerhetsstillelsen fra selskap A i eksemplene over, er påvirket av sikkerhetsstillelsen fra selskap B. Ved å oppstille et konkret beløp, blir det også mulig å skille ut hvor stor del av sikkerhetsstillelsen som eventuelt faktisk medfører økte lånemuligheter for morselskapet, og som derfor skal betraktes som intern gjeld. Det er naturlig å anta at heller ikke dette vil være vanskelig praktisk kontrollerbart for skattemyndighetene.

3.3.3 Skal sikkerhet for regressansvar omfattes som intern gjeld?

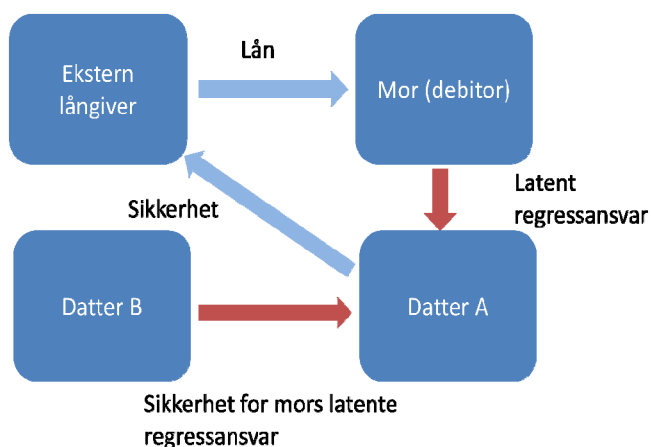
I tillegg til eksemplene over, kan det stilles spørsmål ved om manglende krav til sammenheng mellom sikkerhetsstillelsene, innebærer at sikkerhet for regressansvar også er

⁹⁴Høringsuttalelse Norges Rederiforbund (14.2.2014) s. 3 og Høringsuttalelse Storbedriftenes Skatteforum (14.2.2014) s. 4

ment å skulle omfattes som intern gjeld med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse, jf. også høringsuttalelsen til PwC.⁹⁵

Anta at et søsterselskap B, stiller garanti overfor selskap A, for at morselskapet innfrir sitt eventuelle regressansvar.

Situasjonen kan illustreres slik:



Med regressansvar forstås et gjensøkningskrav (regresskrav) mot en annen, som dermed har regressforpliktelse, jf. Hagstrøm (2011).⁹⁶ I de tilfeller der morselskapet misligholder lånet overfor banken, kan derfor selskap A i dette tilfellet, søke regress hos morselskapet for det beløpet som A måtte betale til banken som følge av avtalen om sikkerhetsstillelse. Regressretten skal imidlertid aldri komme til foretrengsel for kreditors rett, jf. Rt 1931 s. 1134. Av dette følger at regressretten alltid er subsidiær til kreditors krav.

Høringsnotatet tar ikke stilling til hvorvidt slik sikkerhetsstillelse for en latent regressforpliktelse, medfører at morselskapets eksterne gjeld betraktes som intern eller ikke. Det synes derfor uklart hva lovgiver her faktisk har ment.

⁹⁵ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 3

⁹⁶ Hagstrøm (2011) s. 712

Illustrasjonen over viser imidlertid at sikkerhetsstillelsen fra selskap B, medfører at morselskapets lån blir kategorisert som intern gjeld, jf. ordlyden i forskriftsforslagets annet ledd, bokstav a, med den følge at Rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse.

Basert på dette, kan man derfor stille spørsmål ved om sikkerhetsstillelsen fra selskap B, gjør det mulig for morselskapet å få et høyere lån, sammenlignet med hva som ville vært tilfellet uten denne sikkerhetsstillelsen.

Det er mulig at selskap A i dette tilfellet, stiller større sikkerhet som en følge av at selskap B stiller sikkerhet for et eventuelt regressansvar for morselskapet. Selskap A vil nemlig kunne føle seg trygg på at et eventuelt regresskrav i slike tilfeller vil bli innfridd, og sikkerhetsstillelsen fra selskap B reduserer derfor datterselskapets risiko ved å stille sikkerhet. Økt sikkerhet fra selskap A vil igjen kunne medføre økte lånemuligheter for morselskapet. Basert på dette, kan det derfor tenkes at hensynet bak reglene om sikkerhet er ivaretatt i dette tilfellet.

På den andre siden har ikke sikkerhetsstillelsen direkte sammenheng med morselskapets eksterne gjeld, og hvorvidt lånemulighetene øker, beror derfor på en indirekte og muligens noe skjønnsmessig betraktning.

Det synes derfor noe uklart om morselskapets lånemuligheter faktisk øker i dette tilfellet, og det fremstår således som usikkert om tilfellet er i tråd med de hensynene som ligger bak reglene om sikkerhetsstillelse. På bakgrunn av dette kan det fremstå som urimelig for skattyterne at disse tilfellene tilsynelatende omfattes av unntaket i annet ledd. Dersom selskap B hadde stilt sikkerheten direkte til morselskapet, ville nemlig morselskapets gjeld blitt betraktes som ekstern så lenge eierkravet på 90 prosent eller mer er oppfylt. I likhet med situasjonen for kryss- og oppstrømsgarantier, synes det derfor noe merkelig om dette tilfellet er ment å skulle omfattes av unntaket i annet ledd.

Lovgiver bør, også i tilknytning til dette eksempelet, derfor komme med en presisering av hvilke tilfeller som de anser som omfattet av unntaket i annet ledd. Ordlyden slik den fremstår nå, er for vag og vid og ikke nødvendigvis i tråd med hensynene som departementet selv begrunner unntaket i annet ledd med.

I de to siste avsnittene drøftes konsekvenser i form av tilpasninger som skattytere allerede har vist tendenser til, og som de kan komme til å gjøre.

3.4 Selskapene endrer sine finansieringsformer og utsetter bankene for press

Dette avsnittet drøfter ulike tilpasninger som skattyterne allerede har vist tendenser til som en følge av Sikkerhetsregelen.

Etter framleggelsen av Prop. 1 LS (2013-2014), kom det som nevnt tidligere, flere innvendinger mot unntaket i § 6-41, 6. ledd, bokstav a, fordi intern sikkerhetsstillelse for ekstern gjeld, er en svært vanlig form for finansiering for konsernselskaper. Innvendingene rettet seg blant annet mot at en virkning av regelen, vil kunne bli at selskaper må legge om sin finansieringsstruktur som følge av regelen, noe som er lite ønskelig blant selskaper og næringsorganisasjoner m.v.⁹⁷

I følge Banoun og Kaarbø (2014), bør selskapene som en følge av unntaket om sikkerhetsstillelse, gjennomgå sine garantiforpliktelser og finansieringsordninger, for slik å unngå å bli rammet av Rentebegrensningsregelen.⁹⁸

Ettersom mange selskaper tar opp eksternt lån med sikkerhetsstillelse fra en nærstående part, var da også en faktisk reaksjon på Sikkerhetsregelen, at selskaper rett før årsskiftet 2013/2014 ønsket å endre sikkerhetspakken i låneavtalene med bankene, for på denne

⁹⁷ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 52

⁹⁸ Banoun og Kaarbø (2014) s. 54

måten å sikre seg at gjelden ble ansett som ekstern. jf. Wangen (2014). Bankene på sin side torde ikke gi slipp på sikkerhetsstillelsen, før de var helt sikre på hvordan den nye forskriftsbestemmelsen ville se ut. En virkning av 6. ledd, bokstav a, er derfor at mange med utgangspunkt i forskriftsforslaget, gjettet seg frem til hvordan den endelige bestemmelsen ville se ut, og som en følge av dette foretok justeringer av garantier og andre sikkerhetsstillelser i tråd med hva de anså som mest fornuftig å gjøre på den lille tiden de hadde til rådighet før årsskiftet. Ifølge Wangen ble dessuten låneavtalene endret til å inneholde bestemmelser om at bankene kunne få utvidet sikkerhet på et senere tidspunkt dersom reglene skulle vise seg å bli endret, noe som i så fall må betraktes som en omgåelse av skattereglene.

Situasjonen Wangen beskriver, gir et bilde av hvordan den faktiske reaksjonen på Sikkerhetsregelen har vært. Artikkelen viser også at bankene settes i en vanskelig situasjon ettersom det er ønskelig fra selskapenes side å endre låneavtalene til ikke å inneholde krav om sikkerhetsstillelse. Advokatfirmaet Wikborg Rein uttaler også i sin høringsuttalelse at man allerede nå kan se at reglene medfører et press på norske banker til å frigi eksisterende sikkerheter eller unnlate å gi sikkerhet. Det uttales videre at det er et paradoks at reglene gir et incentiv til ikke å etablere sikkerheter for eksempelvis bank- og obligasjonslån.⁹⁹

At en virkning av Sikkerhetsregelen, kan være at det skapes et incentiv om å endre kommersielle og fornuftige privatrettslige forhold som en følge av at skattyterne tilpasser seg, er, forutsatt at dette faktisk er tilfellet, en uheldig følge av Sikkerhetsregelen. I enkelte situasjoner, kan nemlig bankene bli tvunget til å inngå låneavtaler uten å stille krav til sikkerhet, eksempelvis ved å unnlate å inngå rettslig bindende sikkerhetsavtaler, da bankene er avhengig av å gi lån. Dette vil typisk kunne være tilfellet overfor store og viktige kunder, som det ikke er ønskelig å miste den gode kunderelasjonen til. Et morselskap kan eksempelvis, som nevnt tidligere, være lite villig til å inngå rettslig bindende avtale om sikkerhetsstillelse med banken da det ikke er interessert i å vise i balansen at det har stilt som garantist for et annet selskaps låneopptak. Bankene er avhengig av gode

⁹⁹ Høringsuttalelse Wikborg Rein (14.2.2014) s. 2

relasjoner til kundene, og det er derfor ikke utenkelig at de vil strekke seg langt for å imøtekomme slike krav. En konsekvens av dette, kan derfor være at bankene utsetter seg for risikoen for å lide store økonomiske tap, i de tilfeller der det viser seg at lånet ikke innfris, jf også høringsuttalelsen fra Wikborg Rein (s. 2).

Det er på bakgrunn av dette, naturlig å stille spørsmål om ikke bankene må følge visse regulatoriske krav med tanke på hvor stor risiko de kan operere med.

En finansinstitusjon skal til enhver tid oppfylle kapitalkravene i Finansieringsvirksomhetsloven § 2-9a og § 2-9B, jf. § 2-9, 1. ledd, jf. § 1-1. Finansinstitusjoner skal videre organiseres og drives på en ”forsvarlig måte”, jf. § 2-9, 2. ledd. Med dette skal blant annet forstås at finansinstitusjonene skal ha hensiktsmessige retningslinjer og rutiner for å identifisere, styre, overvåke og rapportere risiko, jf. § 2-9, 2. ledd, bokstav d. Finanstilsynet skal dessuten føre tilsyn med banker og andre finansinstitusjoner, jf. Finanstilsynsloven § 2, jf. § 1.

Som en følge av dette, er det naturlig å anta at banker som unnlater å stille sikkerhet i flertallet av tilfellene, vil kunne komme i konflikt med det overnevnte kravet til forsvarlighet. I tilfelle av mislighold og ingen sikkerhetsstillelse, vil dette dessuten kunne komme i konflikt med kapitalkravet, ettersom bankene i slike tilfeller må dekke tapet selv. Bankene må derfor holde seg innenfor visse regulatoriske rammer.

Gitt at bankene holder seg innenfor de lovbestemte kravene, kan man stille spørsmål om hvor realistisk det er at bankene likevel vil akseptere og unnlate å stille krav til sikkerhet for sine låneforhold.

Unnlatelse av å stille sikkerhet vil antagelig være mindre aktuelt overfor selskaper med mindre stabil økonomi, da bankene ikke vil risikere å lide tap som følge av usikker betalingsevne. Bankene vil imidlertid kanskje i større grad stole på at selskaper med god økonomi, innfrir sine låneforpliktelser til tross for manglende sikkerhet. Bankene stoler

eksempelvis på at morselskaper med god økonomi, innfrir på vegne av datterselskapets låneopptak, da det har formodningen mot seg at morselskapet lar datterselskapet gå konkurs. Samtidig vil bankene kunne risikere store tap, dersom det viser seg at de tar feil i slike tilfeller. Det synes derfor noe usikkert i hvilken grad bankene vil gå med på denne risikoen.

Forarbeidene uttaler ikke hvorvidt tilpasninger i form av å utsette bankene for press, ble ansett som en sannsynlig konsekvens. Det er imidlertid naturlig å anta at dette ikke er en tilsiktet virkning. Tatt i betraktning at faktum er noe uklart, vil dette kunne skape en usikker situasjon for bankene, og kan i ytterste konsekvens rokke ved selve fundamentet i hele det finansielle systemet. Å skape utfordringer for det norske næringslivet, i dette tilfellet bank- og finanssektoren, er dessuten i strid med et av de overordnende hensynene bak Rentebegrensningsregelen om en mer konkurransekraftig situasjon for norske selskaper som ikke er del av et multinasjonalt konsern.

3.5 Kan selskapene komme til å tilpasse seg ved å fusjonere?

Finans Norge uttaler at krav til 90 prosent eierskap i hvert ledd i forskriftsforslaget første ledd, bokstav a, kan medføre at selskaper gjør underliggende eierandeler til sine ved å tvangsløse minoritetene, og deretter fusjonere.¹⁰⁰

Spørsmålet er derfor om fusjon er en tenkelig måte å tilpasse seg Sikkerhetsregelen på.

Med fusjon forstås sammenslutning av selskap, og en fusjon kan skje med skattemessig kontinuitet.¹⁰¹ Skattemessig kontinuitet innebærer at skatteplikten eller fradragsretten, blir overført til det overtakende selskapet, og det er tale om en utsatt beskatning, altså et fritak

¹⁰⁰ Høringsuttalelse Finans Norge (13.2.2014) s. 3

¹⁰¹ *Bedrift, selskap og skatt* (2010) s. 587

for umiddelbar beskatning.¹⁰² Skattefri fusjon av aksjeselskaper kan skje når fusjonen følger reglene i aksjeloven kapittel 13, jf sktl. § 11-2, 1. ledd. Hensynene bak regelen om skattefri fusjon (tilsvarende for fisjoner), er at det kan være samfunnsmessig ønskelig at omorganisering av næringsvirksomhet kan skje uten skattlegging.¹⁰³ Skattereglene skal således ikke forhindre den samfunnsmessige optimale organisasjonsform i norsk næringsliv.

I 2011 ble det innført regler om grenseoverskridende fusjoner (og fisjoner), det vil si at det nå på visse vilkår ble mulig å gjennomføre fusjoner innenfor EØS skattefritt, jf. sktl. § 11-11. Reglene om skattefri fusjon over landegrensene er i tråd med EØS- avtalens regler om fri etableringsrett.

Som en følge av unntaket i forskriftsforslagets første ledd, bokstav a, er det gunstig at eksempelvis et morselskap oppnår sikkerhetsstille fra underliggende selskaper med eierandel på 90 prosent eller mer. I de tilfeller der eierandelene i de underliggende selskapene ikke er så høye som 90 prosent, vil det derfor kunne foreligge incentiv til å fusjonere flere av de underliggende selskapene, for slik å komme inn under dette unntaket.

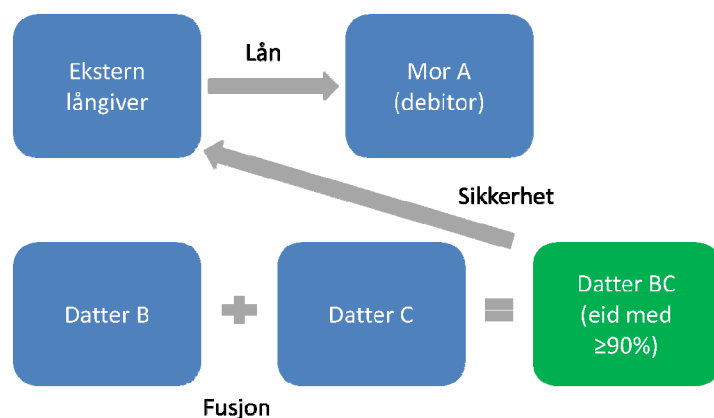
Et eksempel kan bidra til å belyse dette nærmere.

Anta at morselskapet A har to datterselskaper B og C som morselskapet eier med mindre enn 90 % hver. Sikkerhetsstillelser fra disse underliggende selskapene vil som følge av de lave prosentsatsene, falle utenfor unntaket i første ledd, bokstav a med den følge at lånet kategoriseres som internt, såfremt det ikke er tale om negativ pantsettelseserklæring eller pant i eierandel. Datterselskapene B og C har derfor incentiv til å fusjonere og dermed bli et felles underliggende selskap av morselskapet. Ved det fusjonerte datterselskapets sikkerhetsstillelse for morselskapets eksterne lån, vil derfor gjelden nå kategoriseres som ekstern. Det forutsettes at fusjonen oppfyller vilkårene til skattefrie fusjoner.

¹⁰² Op.cit. s. 588

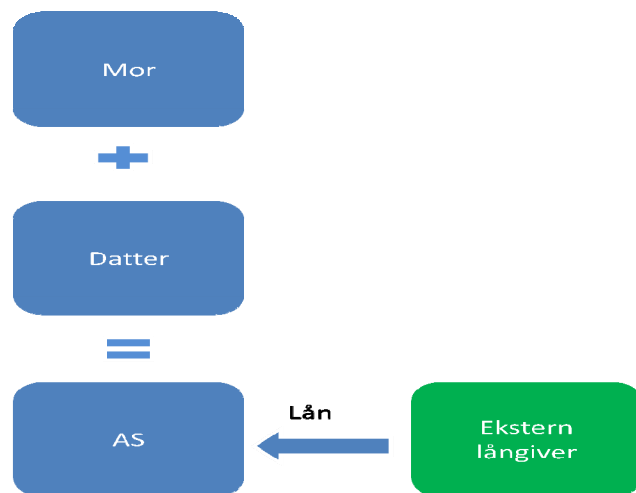
¹⁰³ Op.cit. s. 587

Eksempelet kan illustreres slik:



Finans Norge uttaler at fusjon er en mulig tilpasning for å komme inn under unntaket i forskriftsforslaget første ledd, bokstav a. Det kan imidlertid også tenkes at fusjon er en tilpasningsmulighet, ved at eksempelvis et morselskap fusjonerer med et datterselskap, slik at det kun gjenstår et selskap i stedet for to.

Denne situasjonen kan illustreres slik:



Virkningen av en fusjon som i dette eksempelet, er altså at det nå kun foreligger et selskap som tar opp lån hos en ekstern långiver, med den følge at Rentebegrensningsregelen ikke

kommer til anvendelse. Problematikken med sikkerhetsstillelse av underliggende selskapers eksterne låneopptak, er derfor løst ved at det nå bare eksisterer et selskap.

Fusjoner er imidlertid bare et reelt alternativ der disposisjonen ikke er i strid med den ulovfestede omgåelsesnormen. Den ulovfestede omgåelsesnormen eller gjennomskjæringsregelen er utviklet i rettspraksis, og rettsgrunnlaget er derfor høyesterettsdommer. Skattyter må kunne sannsynliggjøre at det hovedsakelige formålet med disposisjonen ikke har vært å spare skatt. I tillegg må det ut fra en totalvurdering ikke fremstå som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen. I denne vurderingen skal det legges vekt på disposisjonens virkninger, herunder den forretningsmessige egenverdi, skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig, jf. blant annet den såkalte Hex -dommen i Rt 2007 s. 209 (avsnitt 39) og Dyvi -dommen i Rt 2012 s. 1888 (avsnitt 37).

Unngåelse av Rentebegrensningsregelen kan derfor ikke være det dominerende formålet med fusjonen, og det må ut fra en totalvurdering ikke fremstå som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen.

Spørsmålet er derfor om den ulovfestede omgåelsesnormen kan sies å være en begrensning for at skattyterne kan komme til å tilpasse seg ved å fusjonere.

På den ene siden vil muligens skattemyndighetene reagere dersom det blir påfallende mange fusjoner nå i tiden etter innføringen av Rentebegrensningsregelen. Likevel skal det antagelig en del til før en fusjon ikke aksepteres ut fra den ulovfestede omgåelsesnormen. Dette henger sammen med at en fusjon er en realitet som de involverte selskapene må leve med og innrette seg etter. Selskapet som står igjen etter fusjonen, vil dessuten ha et armlengdemessig lån, som jo nettopp er det lovgiver ønsker å oppnå med Rentebegrensningsregelen.

Den nylig avsagte ConocoPhillips -dommen i Rt 2014 s. 227, gjaldt blant annet spørsmålet om den ulovfestede omgåelsesnormen kom til anvendelse på fisjon med etterfølgende aksjesalg. Det var ikke tvilsomt at skattebesparelse var det hovedsakelige formålet ved denne transaksjonen. Høyesterett vurderte imidlertid ikke transaksjonen å være i strid med formålet bak fritaksreglene i sktl. § 2-38 og fisjonsreglene i sktl. § 11-4, da dette måtte være noe lovgiver har akseptert med innføringen av disse reglene. Høyesterett så på reglene helt isolert, og la ikke vekt på den tidsmessige nærheten som forelå mellom transaksjonene. Det forelå således ikke grunnlag for gjennomskjæring.

ConocoPhillips-dommen går ganske langt i å indikere at et tilfelle som dette bør være greit, noe som også kan tilsi at det skal relativt mye til før tilpasning i form av fusjon etter Rentebegrensningsregelen, ikke aksepteres. Det er nesten så man kan lure på hva som er igjen av den ulovfestede normen etter denne dommen. Omgåelsen i denne saken var nok også klarere enn hva tilfellet vil være etter Rentebegrensningsregelen.

Fusjon er også bare et reelt alternativ i de tilfeller der den ikke strider mot sktl. § 14-90. Dette innebærer at der det er sannsynlig at utnyttelse av skatteposisjon i form av eksempelvis mye underskudd, er det overveiende motivet for fusjonen, kan posisjonen derfor enten falle bort eller inntektsføres, jf. § 14-90, bokstav a og b. Dette kan være tilfellet der et selskap med overskudd fusjonerer med et selskap med mye tap.

I et slikt tilfelle kan også protester fra bankene, være et hinder for fusjonen. Selskapet som står igjen, vil nemlig kunne få dårligere økonomi, og sannsynligheten for mislighold kan derfor tenkes større. Det er derfor nærliggende å tro at låneavtalene med selskapene, har bestemmelser om at banken må samtykke til fusjoner før de gjennomføres. Banken kan uansett komme med innsigelser etter reglene om kreditorfrist i aksjeloven, jf. § 13-15, jf. § 13-14.

Dersom konsernet har ett operativt selskap i hvert land det opererer, med lokale krav om at selskapet må være hjemmehørende i det landet, kan dette også vanskeliggjøre en fusjon.

Dette er eksempelvis tilfelle for oljeselskaper på norsk sokkel. I slike tilfeller kan derfor fusjon være en mindre aktuell tilpasningsmulighet.

Basert på det overnevnte, er fusjon en tenkelig tilpasning til Sikkerhetsregelen i mange tilfeller. Ettersom fusjoner kan gjennomføres (midlertidig) skattefritt, er det heller ingen skattemessige ulemper ved å velge denne løsningen, og det er derfor et incentiv til å velge denne løsningen. Skattebesparelsene ved å unngå Rentebegrensningsregelen, vil dessuten i mange tilfeller kunne være såpass store, at det ikke er vanskelig å se for seg at selskapene derfor kan komme til å velge å fusjonere. Ettersom forskriftsbestemmelsen ikke er endelig utformet, er det imidlertid naturlig å anta at selskapene eventuelt venter med å gjennomføre en slik prosess før de vet hvordan den endelige situasjonen vil se ut.

Dersom det viser seg at selskapene tilpasser seg ved å fusjonere, er det naturlig å stille spørsmål om lovgiver har tatt stilling til en eventuell slik konsekvens av Sikkerhetsregelen.

Det fremkommer verken av forarbeidene eller av høringsnotatet at lovgiver har vurdert fusjon som tilpasning. Dette kan indikere at det bakenforliggende hensynet om at det er for lett å omgå Rentebegrensningsregelen uten å inkludere de fleste typer av sikkerhetsstillelser fra nærstående parter, har vært det dominerende hensynet som lovgiver har lagt vekt på. Det er likevel nærliggende å tro at lovgiver ikke har vurdert fusjon som et reelt alternativ, da lovgiver ikke anser dette som en omgåelse av Rentebegrensningsregelen, ettersom debitor som nevnt tidligere, jo etter en fusjon vil ha et lån på armlengdemessige vilkår.

4 Avslutning og refleksjoner

Oppgaven har drøftet mulige konsekvenser av sktl. § 6-41, 6. ledd, bokstav a, tolket i lys av forskriftsforslaget. Drøftelsen har vist at forskriftsforslaget kan resultere i tolkingstvil, da ordlyden er vid og vag. Oppgaven viser imidlertid at det er motstrid mellom det å utforme helt presise regler, kontra det å utforme mer skjønnspregede regler, da det er ulike hensyn som står mot hverandre. Drøftelsen viser at departementet har valgt en slags mellomløsning, men der en oppfordring til lovgiver likevel er å komme med enkelte ytterligere presiseringer av reglene om sikkerhetsstillelse, for dermed å skape en mer forutberegnlig situasjon for skattyterne. Drøftelsen viser også at skattyterne kan komme til å tilpasse seg, men at det foreligger begrensede tilpasningsmuligheter slik rettstilstanden er nå. Ettersom drøftelsen er basert på forslag til forskrift, blir det spennende å se hvorvidt departementet foretar endringer, og i så fall hva disse endringene mer konkret går ut på.

Avslutningsvis kan det reflekteres rundt hvordan Rentebegrensningsregelen ville vært uten reglene om sikkerhetsstillelse. Det er mye som tiliser at sktl. § 6-41 ville mistet mye av sin effekt uten disse reglene, da det ville vært for enkelt å omgå Rentebegrensningsregelen. Det er imidlertid liten tvil om at reglene om sikkerhetsstillelse er komplekse slik de fremstår i dag. Alternativet om å nekte fradrag for alle gjeldsrenter (både interne og eksterne), ville derfor resultert i en enklere og mindre komplisert regel både for skattemyndighetene og for skattyterne. Et annet alternativ kunne være å gi fradrag for egenkapital (eksempelvis utbytte), istedenfor gjeldsrenter. Begge alternativer ville fjernet incentivet til høy gjeldsfinansiering. Samtidig er det liten tvil om at full fradragsnekt for gjeldsrenter kan virke hardt på skattyterne, og et forslag kunne derfor i så fall være å innføre lignende sikkerhetsventiler som man finner i de tyske og finske reglene. Det blir derfor spennende å se resultatene Scheel-utvalget kommer med høsten 2014, og hvorvidt disse alternativene kan bli en realitet.

5 Litteraturliste

BØKER

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 2. utg. Oslo, 2006.

Bedrift, selskap og skatt. Frederik Zimmer... [et al.]. 5.utg. Oslo, 2010.

Boe, Erik Magnus. *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*. 3. utg. Oslo, 2010.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo, 2001

Giertsen, Johan. *Selskapsfinansierte aksjeerverv*. 1. utg. Bergen, 1996.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 8. utg. Oslo, 2012.

Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 7. utg. Oslo, 2014.

Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utg. Oslo, 2009.

ADMINISTRATIVE UTTALELSER OG RETNINGSLINJER

Lignings ABC. Skattedirektoratets håndbøker. Skatteetaten. 35. utg. Oslo, 2014

ARTIKLER

TIDSSKRIFTARTIKLER

Banoun, Bettina og Kaarbø, Tone. *Rentebegrensningsreglene -omklassifisering av eksterngjeld til interngjeld*. I: Revisjon og Regnskap. Årg. 84 (2014), s. 52-56.

Carlberg, Berit Sæther. *Bruk av covenants i låneavtaler*. I: Praktisk økonomi og finans. (2003), s. 99-106.

Jenssen, Ove. *Korrigerings av konserninterne gjeldsstrukturer*. I: Skatterett. Årg. 30 (2011), s. 139-154.

AVISARTIKKEL

Wangen, Ståle. *Trøbbel med nye regler*. I: Finansavisen. 11. januar 2014.

LOVGIVNING

NORSKE LOVER

- | | |
|------|--|
| 1911 | Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 18. august 1911 nr 9 (opphevet). |
| 1956 | Lov om tilsynet med finansinstitusjoner mv. (finanstilsynsloven) av 7. desember 1956 nr 1. |

1975	Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumssforekomster m.v. (petroleumsskatteloven) av 13. juni 1975 nr 35.
1976	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 4. juni 1976 nr 59. (opphevet).
1980	Lov om pant (panteloven) av 8. februar 1980 nr 2.
1988	Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) av 10. juni 1988 nr 40.
1997	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr 44.
1999	Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr 14.
2013	Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 13. desember 2013 nr. 117.

TRAKTATER

Nordisk Skatteavtale (NSA)	Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekter og formue
OECD Mønsteravtale	OECD Model convention with respect to taxes on income and on capital

DOMMER

PUBLISERTE DOMMER

Rt 1931 1134

Rt 1940 598

Rt 2001 851

Rt 2001 1265

Rt 2007 209

Rt 2007 1025

Rt 2010 790

Rt 2012 1025

Rt 2012 1888

Rt 2014 227

PUBLISERTE UNDERRETTSDOMMER

LB-2009-81881

FORARBEIDER

PROPOSISJONER

Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) *Endring av Prop. 1 LS (2013-2014) Skatter, avgifter og toll 2014*

Prop. 1 LS (2013-2014) *Skatter, avgifter og toll 2014*

HØRINGSNOTATER

Høringsnotat (11.4.2013)	<i>Begrensning av fradrag for renter i interessefellesskap</i>
Høringsnotat (20.12.2013)	<i>Utfyllende forskrift om begrensning av fradrag for renter i interessefellesskap – sikkerhetsstillelse fra nærstående part</i>

HØRINGSUTTALELSER TIL HØRINGSNOTAT AV 20.12.2013

Høringsuttalelse Den Norske Advokatforening (17.2.2014)

Nettadresse: http://www.regjeringen.no/pages/38572758/26_adv.pdf

Høringsuttalelse Finans Norge (13.2.2014)

Nettadresse: http://www.regjeringen.no/pages/38572758/7_finansnorge.pdf

Høringsuttalelse Norges Rederiforbund (14.2.2014)

Nettadresse: http://www.regjeringen.no/pages/38572758/19_norgesrederiforb.pdf

Høringsuttalelse Advokatfirmaet PwC (14.2.2014)

Nettadresse: http://www.regjeringen.no/pages/38293894/38_pwcpwc.pdf

Høringsuttalelse Advokatfirmaet Schjødt (14.2.2014)

Nettadresse: http://www.regjeringen.no/pages/38572758/22_schjodt.pdf

Høringsuttalelse Storbedriftenes skatteforum (14.2.2014)

Nettadresse: http://www.regjeringen.no/pages/38572758/15_skatteforum.pdf

Høringsuttalelse Advokatfirmaet Wikborg Rein (14.2.2014)

Nettadresse: http://www.regjeringen.no/pages/38293894/23_wikborg.pdf

Nettadresse for liste over alle høringsmerknadene:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/hoeringer/hoeringsdok/2013/horing---forslag-om-begrensning-av-fradr/horingsuttalelser.html?id=722364>

NETTSIDE

European Commission. *Tax details*. (2014) 7.4.2014.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/tedb/taxDetail.html?id=244/1396346469&taxType=CIT [sitert 9.4.2014]

European Commission. *Search Tax*. (2014) 3.1.2014.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/tedb/taxSearch.html [sitert 9.4.2014]

Ernst&Young. *Finland Budget 2014: Law proposal on reducing corporate income tax rate, amending dividend taxation and enacting other tax amendments published*. (2013) 20.11.2013.

<http://tmagazine.ey.com/news/ibfd/finland-budget-2014-law-proposal-reducing-corporate-income-tax-rate-amending-dividend-taxation-enacting-tax-amendments-published/> [sitert 10.4.2014]

Finansdepartementet. *Høring om rentefradrag i interessefelleskap* (2013) 20.12.2013.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/aktuelt/nyheter/2013/horing-om-rentefradrag-i-interessefelles.html?id=748527> [sitert 11.1.2014]

OECD. *About BEPS*. (2014).

<http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm> [sitert 9.4.2014]

Regjeringen. *Nytt offentlig skatteutvalg* (2013) 15.3.2013.

<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/fin/Nyheter-og-pressemeldinger/pressemeldinger/2013/nytt-offentlig-skatteutvalg.html?id=717804>[sitert 20.1.2014]

PERSONLIG MEDDELELSE

Lereim, Geir. E-post. 1.april 2014.

PRESENTASJONER OG NYHETSBREV

Talmo, Frode og Bjørkholt, Anne Sofie. *Begrensning av retten til rentefradrag. Forslag til innføring av rentebegrensningsregel- praktiske problemstillinger*. Oslo, 12.11.2013, BAHHR.

Eide, Finn. *Skattelovens § 6-41 "Rentefradragsbegrensningsregelen"*. Det årlige skatterettskurset, Sandefjord, 24.1.2014, Deloitte.

Advokatfirmaet BAHHR. *Nyhetsbrev nr 5/ 2013- Skatt*. 8.11.2013.

PwC. *PwC Pit Stop. Kvartalsbrev om viktige endringer*. Desember 2013.